Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

ULRICH STEGMANN

aus Berlin

1962

Fotodruck Präzis · Tübingen

7178

Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

ULRICH STEGMANN

aus Berlin

1962

Fotodruck Präzis · Tübingen

901/62

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Obmann: Prof. Dr. Joachim Gernhuber

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Günter Dürig
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Martin Heckel

Tag der mündlichen Prüfung: 29. 6. 1962

MEINEN ELTERN

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Literaturverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	VIII
1. Kapitel: Einführung	1
§ 1 Der Gegenstand der Untersuchung	1
§ 2 Übersicht der Meinungen in Literatur und Rechtsprechung	2
2. Kapitel: Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze	11
§ 1 Vorbemerkungen	11
I. Die Behandlung fehlerhafter Gesetze in der Vergangenheit	11
II. Gesetzliche Hinweise	13
III. Die Begriffe Fehlerkategorie und Fehlerfolgen	13
IV. Die möglichen Fehlerfolgen verfassungswidriger Gesetze	15
V. Die Behandlung der Fehlerkategorien und Fehlerfolgen im bürgerlichen Recht und im Verwaltungsrecht	16
§ 2 Die Bedeutung des förmlichen Gesetzes	20
I. Der Inhalt der Gesetzeskraft	20
1. Das Gesetz als Akt der besonderen staatlichen Autorität des Gesetzgebers	20
2. Die Ausfertigung und Verkündung	21
II. Die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen	22
III. Die Bedeutung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidungen für den Wirkungsgrad fehlerhafter Gesetze	26
1. Die Gesetzeskraft und die Kundmachung der Entscheidungen	26
2. Die Wirkung der Entscheidungen	29
IV. Art. 31 GG	30

Seit

§ 3 Die Erhaltung des Vorrangs der Verfassung 31
§ 4 Die Rechtssicherheit 33

3. Kapitel: Die Möglichkeiten der Exekutive gegenüber verfassungswidrigen Gesetzen 37
§ 1 Die Gewaltenteilung 37
I. Die Mißdeutungen dieses Grundsatzes 37
II. Die Gewaltenteilung im Grundgesetz 38
III. Der Einfluß der Exekutive auf die Gesetzgebung 39
§ 2 § 76 Ziff. 2 BVerfGG 41
§ 3 Die Bindung der Gewalten an die verfassungsmäßige Ordnung 43
§ 4 Das Remonstrationsrecht des Beamten 44
§ 5 Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts 48
§ 6 Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 50
§ 7 Geschichte und Gestaltung des richterlichen Prüfungsrechts 53
§ 8 Vergleich von richterlichem Prüfungsrecht und Vorlageverfahren der Exekutive 56
I. Die Erhaltung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit 56
II. Die Unterordnung der rechtsanwendenden Gewalten unter die Gesetzgebung 57
III. Die Förmlichkeit des Verfahrens 58

Zusammenfassung 60

LITERATURVERZEICHNIS

Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl., Berlin 1933
Arndt, Adolf	Hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes die Nichtigkeit der darauf gestützten Verwaltungsakte zur Folge?, in NJW 1959, 863
Arndt, Adolf	Vollstreckbarkeit verfassungswidriger (Steuer-)Gesetze?, in BB 1959, 533
Arndt, Adolf	Die Bindungswirkung des Grundgesetzes, in BB 1960, 933
Arndt, Adolf	Staatshaftung für gesetzliches Unrecht, in BB 1960, 1351
Bachof, Otto	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in VVDStRL 12, 37
Bachof, Otto	Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundeswidrigen Gesetz, in AöR 87, 1 (Diese Abhandlung konnte nicht mehr berücksichtigt werden, da sie zu einem Zeitpunkt erschien, als die vorliegende Arbeit bereits eingereicht und angenommen worden war.)
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg, 1950
Dürig, Günter	siehe unter Maunz-Dürig
Eckfelder, Hans	Das fehlerhafte Gesetz, Diss. Freiburg 1953
Engelhard, Dieter	Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat, in JöR 8, 101
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., Tübingen 1955

Faller, Hans Joachim	Die Staatsanwaltschaft und das verfassungswidrige Gesetz, in JZ 1961, 478
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 7. Aufl., München und Berlin 1958
Fuß, Ernst-Werner	Gleichheitssatz und Richtermacht, in JZ 1959, 331
Geiger, Willi	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1952
Götz, Heinrich	Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze, in NJW 1960, 1177
Hallier, Hans Joachim	Die Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen und Verordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, in AöR 85, 391
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, Berlin 1956
Hamann, Andreas	Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, in NJW 1959, 1465
Hensel, Albert	Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, in HdbDStR II, 314
Hillebrecht, Arno	Vollziehung als verfassungswidrig angefochtener Steuergesetze, in FR 1959, 244
Hillebrecht, Arno	Verfahrensrechtliche Behandlung von Parallelfällen zu den als verfassungswidrig angefochtenen Steuergesetzen, in FR 1959, 343
v. Hippel, Ernst	Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, 2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960
Hoffmann, Gerhard	Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, in JZ 1961, 193

Imboden, Max	Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel/Stuttgart 1954
Ipsen, Hans Peter	Die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1950, 793
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931
Jesch, Dietrich	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
Kipp, Heinrich	Die Rechtsfolgen verfassungswidriger Gesetze, in Gegenwartsprobleme des Rechts N.F. 1 (1950), S. 97
Kopacek, Werner	Vollstreckbarkeit verfassungswidriger (Steuer-)Gesetze?, in BB 1959, 837
Laband, Paul	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Tübingen 1911
Lechner, Hans	Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1954
Lehmann, Heinrich	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 11. Aufl., Berlin 1958
Leibholz, Gerhard	Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems, 2. Aufl., Berlin 1960
Lukas, Josef	Über die Gesetzespublikation in Österreich und im Deutschen Reiche, Graz 1903
Maisch, E.	Nochmals: Zur Frage der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts, in NJW 1959, 1475
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl., München und Berlin 1959
Maunz, Theodor und Dürig, Günter	Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1959 (zit.: Maunz-Dürig)
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 1924

Menger, Christian-Friedr.	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
Menger, Christian-Friedr.	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in VerwArch 52, 305
Meyer-Anschütz	Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München und Leipzig 1919
Michel, Helmut	Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt, in NJW 1960, 841
Morstein Marx, Fritz	Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Berlin 1927
Müller, Hanswerner	Zur Lehre von den Fehlern im Gesetzgebungsverfahren, Diss. Münster 1924
Münz, Leo	Fehler des Gesetzgebungsverfahrens, Diss. Berlin 1934
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie, 5. Aufl., herausgegeben von Erik Wolf, Stuttgart 1956
Rönitz, Dieter	Nochmals: Die Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, NJW 1960, 226
Schaar, G.	Die Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, in NJW 1960, 852
Schack, Friedrich	Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung unter besonderer Berücksichtigung Preußens und des Deutschen Reiches, Berlin 1918
Scheuner, Ulrich	Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige Hoheitsakte, in BB 1960, 1253
Scholz, Franz	Die Rechtssicherheit, Berlin 1955

Sigloch, Heinrich — Vorläufige Geltung verfassungswidriger Gesetze?, in JZ 1958, 80

Thoma, Richard — Das richterliche Prüfungsrecht, in AöR 43, 270

Weber, Werner — Die Verkündung von Rechtsvorschriften, Stuttgart und Berlin 1942

Windisch, Ernst — Die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Diss. Frankfurt 1956

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aaO	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. M.	anderer Meinung
AO	(Reichs-)Abgabeordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BB	Der Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BK	Bonner Kommentar
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BStBl	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DStZ (A und B)	Deutsche Steuerzeitung (Teil A und B)
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
FG	Finanzgericht
FR	Finanzrundschau
G	Gesetz
GG	Grundgesetz
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts herausgegeben von Anschütz und Thoma
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JZ	Juristenzeitung
LVG	Landesverwaltungsgericht
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
RGBl (I und II)	Reichsgesetzblatt (Teil I und II)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung

1. Kapitel: EINFÜHRUNG

§ 1 Der Gegenstand der Untersuchung

Das Bonner Grundgesetz hat in vielen Bereichen einen Verfassungswandel herbeigeführt, von dem auch die Stellung der Verwaltung zum Gesetz nicht unberührt geblieben ist[1]. In den Beziehungen der Verwaltung zum Gesetz, die auf Grund des geltenden Verfassungsrechts neu durchdacht werden müssen, stellt die Frage nach dem Verhältnis der Exekutive zum verfassungswidrigen Gesetz nur ein Teilproblem dar. Dieses Problem ist relativ neu. In der Weimarer Zeit war die staatsrechtliche Diskussion in erster Linie der Frage des Verhältnisses der Rechtsprechung zum verfassungswidrigen Gesetz gewidmet. Über ein eventuelles Prüfungsrecht der Exekutive machte man sich damals noch wenig Gedanken. Das Bonner Grundgesetz erlöste die Staatsrechtswissenschaft von diesem Streit, indem es die verfassungsrechtliche Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts brachte und gleichzeitig die Art und Weise bestimmte, wie sich die Gerichte gegenüber einem verfassungswidrigen Gesetz zu verhalten hätten.

Für die Verwaltungsbehörden fehlt eine entsprechende Regelung. Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage noch wenig befaßt, wenn auch zwei Entscheidungen des Bundesfinanzhofes[2] den Anstoß zur Diskussion über dieses Problem gegeben haben. Die Frage kann in ihrer ganzen Problematik aus einer einzigen Norm des Grundgesetzes entwickelt werden. Art. 20 Abs. 3 GG bindet die vollziehende Gewalt an die verfassungsmäßige Ordnung und unterwirft sie gleichzeitig dem einfachen Gesetz. Wie soll sich nun der Beamte bei einem Widerspruch zwischen Verfassung und einfachem Gesetz verhalten ? Das verfassungswidrige Gesetz ausführen hieße das Gebot zum verfassungsmäßigen Handeln verletzen. Das Gesetz nicht zu beachten könnte zu einer nicht gewünschten Beeinträchtigung des Gesetzmäßigkeitsprinzips führen.

Die folgende Untersuchung prüft diese Frage für das geltende Bundesrecht. Sie befaßt sich nur mit dem Verhältnis der Exekutive gegenüber den verfassungswidrigen Gesetzen, die bereits vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an im Widerspruch zum Grundgesetz stehen (ursprünglich verfassungswidrige Gesetze). Für vorkonstitutionelle verfassungswidrige Gesetze ist das Problem bereits durch Art. 123 Abs. 1 GG gelöst. Sie sind auf Grund des Satzes "lex posterior derogat legi priori" mit Erlaß des Grundgesetzes außer Kraft getreten. Das gleiche gilt für Gesetze, die

---

1) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 2
2) BStBl 1959 III, S. 140 und 172

durch eine spätere Verfassungsänderung verfassungswidrig wurden (nachträgliche Verfassungswidrigkeit) [1].

§ 2 Übersicht der Meinungen in Literatur und Rechtsprechung

Das Verhältnis der Exekutive zum verfassungswidrigen Gesetz war Gegenstand zweier Entscheidungen des Bundesfinanzhofes [2] die in Begründung und Ergebnis in der Literatur teilweise auf starken Widerspruch stießen und damit eine Diskussion in größerem Umfang auslösten [3] [4]. Der III. Senat des BFH stellte in seiner Entscheidung vom 12.12.1958 zu § 251 AO den Leitsatz auf: "Die Finanzbehörden sind nicht verpflichtet, die Vollziehung einer Steuer auszusetzen, wenn der Steuerpflichtige sich auf die Verfassungswidrigkeit eines Steuergesetzes bzw. einer steuergesetzlichen Einzelbestimmung beruft." Der Senat berief sich in seiner Begründung auf ein früheres Urteil des BFH, nach dem davon auszugehen sei, daß im parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaat die gesetzgebenden Organe die Rechte der Bürger zu achten gewillt seien [5], und ergänzte diese Gründe mit der Feststellung, daß ordnungsmäßig erlassenen und verkündeten Gesetzen eine Vermutung der Verfassungsmäßigkeit zukomme. Der Senat führte weiter aus, daß nach Art. 100 GG das Prüfungsmonopol über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nur dem Bundesverfassungsgericht zustehe. Da demnach nicht einmal die anderen Gerichte das Recht hätten, ein Gesetz von sich aus als verfassungswidrig zu behandeln, seien Nichtgerichte, insbesondere Verwaltungsbehörden, weder befugt noch verpflichtet, Gesetze als verfassungswidrig anzusehen und das Zwischenverfahren des Art. 100 GG in Gang zu setzen.

Der IV. Senat des BFH wies in seiner Entscheidung vom 20.2.1959 noch darauf hin, daß der Steuerpflichtige die Möglichkeit habe, sich mit einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht zu wenden, daß aber die Steuerbehörden auf die ausschließlich verfassungsrechtlichen Bedenken der Steuerpflichtigen keine Rücksicht nehmen könnten, da sonst bei der Massenarbeit der Besteuerung eine schwerwiegende Lähmung der Verwaltung und der Steuergerichts-

---

1) siehe auch Hoffmann, JZ 1961, 194f
2) Urteil v. 12.12.1958 - BStBl 1959 III, S. 140;
Urteil v. 20. 2.1959 - BStBl 1959 III, S. 172
3) früher hatte schon Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 96, ein Normenkontrollrecht der Verwaltung behauptet, ohne dies zu beweisen
4) die Äußerungen von Sigloch, JZ 1958, 80 und Forsthoff, DÖV 1959, 41 lagen bereits vor
5) BStBl 1958 III, S. 194

barkeit die Folge wäre. Der IV. Senat bekräftigt noch die Ansicht, daß die Verwaltungsbehörden davon ausgehen dürften, daß die Steuergesetze verfassungsmäßig seien [1].

Das Bundesverfassungsgericht [2] hat in einem Urteil entschieden, daß die Beitreibung öffentlicher Abgaben auszusetzen sei, wenn ernste Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des dem Abgabenbescheid zugrunde liegenden Gesetzes erhoben werden können. In der Begründung wird betont, daß auch die vollziehende Gewalt nach Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz, insbesondere an die Grundrechte, gebunden sei. Der Grundsatz der Gewaltenteilung, der durch die wechselseitige Kontrolle ergänzt werde, zwinge nicht zum Vollzug eines Gesetzes, das wahrscheinlich für nichtig erklärt werden müsse. Wenn bei der Ermessensentscheidung über die Aussetzung der Vollziehung die Verwaltungsbehörden die Grenzen zu beachten hätten, die "das Gesetz" dem Ermessen ziehe, so sei vor allem auch die Bindung an das Grundgesetz als die Grundordnung unseres Staates zu beachten. Das Bundesverfassungsgericht mahnt jedoch am Schluß seiner Entscheidung, daß die Aussetzung nicht allein deshalb gerechtfertigt sei, weil ein Steuerpflichtiger die Verfassungswidrigkeit einer Norm behaupte oder die Verfassungswidrigkeit vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht worden sei, mag das auch Anlaß sein, eine Aussetzung in Betracht zu ziehen.

---

1) Diese Entscheidungen des BFH hatten in erster Linie die Frage zum Gegenstand, ob die Verwaltungsbehörden verpflichtet sind, den Vollzug von Steuerbescheiden auszusetzen, wenn der Steuerpflichtige die Verfassungswidrigkeit des zugrunde liegenden Gesetzes behauptet. Erst in zweiter Linie befaßt sich der BFH mit dem Verhalten der Verwaltung gegenüber einem von ihr als verfassungswidrig angesehenen Gesetz. Über die Aussetzung des Vollzugs von Steuergesetzen wegen angeblicher Verfassungswidrigkeit des zugrunde liegenden Gesetzes auf Antrag des Steuerpflichtigen ist in der Rechtsprechung mehrfach entschieden worden. Für eine Aussetzung der Vollziehung hatten sich ausgesprochen: FG Düsseldorf, DStZ/B 1958, 333; FG Rheinland-Pfalz, EFG 1959, Sp. 68; FG München, DStZ/B 1959, 217; gegen eine Aussetzung der Vollziehung entschieden: LVG Gelsenkirchen, Neue Wirtschaftsbriefe 1957, Fach 1 S. 166 Nr. 264/57; FG Hessen Urteil v. 12.2.1959 zit. bei Hillebrecht, FR 1959, 244; OVG Münster, NJW 1960, 262.
Der Bundesminister der Finanzen hatte schon im Jahre 1957 ein Gutachten des Bundesfinanzhofes zu dieser Frage beantragt. Zu diesem Gutachten siehe Hillebrecht, aaO; -ob-, FR 1958, 285; vgl. ferner Koch, DStZ/A 1958, 161; Oswald, FR 1958, 435; Lorenz, Wirtschaftsprüfung 1959, 95; Piesker, Der Steuerzahler 1960, 38; Fritsch, Betrieb 1960, 1469 (1470).

2) Urteil v. 21.2.1961 - JZ 1961, 256

Arndt [1] vertritt die Meinung, daß ein Beamter einem Gesetz die Anwendung versagen dürfe, ja sogar müsse, wenn er nach gewissenhafter Prüfung von dessen Verfassungswidrigkeit überzeugt sei. Eine Weisung des Vorgesetzten auf Grund dienstrechtlicher Vorschriften könne ihn aber von der Verantwortlichkeit befreien und zur Anwendung dieses Gesetzes verpflichten. Nach Arndt gründet sich das System der Verfassung auf das "demokratische Mißtrauen", wonach Staatsorgane erfahrungsgemäß dazu neigen, ihre Kompetenzen zum Nachteil des Bürgers zu überschreiten. Es sei der Sinn des Strukturprinzips der Gewaltenteilung und Gewaltenhemmung, hiergegen Schutz zu bieten. Für eine Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen sei daher kein Raum, abgesehen davon, daß verfassungswidrige Gesetze als "ordnungsgemäß erlassen" gar nicht denkbar seien. Da verfassungswidrige Gesetze von Anfang an nichtig seien [2], käme eine Bindung der Verwaltungsbehörden an solche Gesetze überhaupt nicht in Betracht.

Hamann [3] spricht sich ebenfalls gegen die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen aus. Das Mißtrauen gegenüber möglichen verfassungswidrigen Akten des Gesetzgebers sei das tragende Motiv der Gewaltenteilung und erhalte seinen beredten Ausdruck durch eine Reihe von Vorschriften der Verfassung, wie Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG, die ausdrücklich die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung betonen, ferner durch die Zitiergebote der Art. 19 Abs. 2 und Art. 79 Abs. 1 GG, die das verfassungsrechtliche Gewissen des Gesetzgebers schärfen sollen [4]. Für verfassungswidrige Gesetze kenne unser Verfassungsrechtsdenken überdies nur eine Fehlerkategorie bzw. nur eine Rechtsfolge, nämlich die Nichtigkeit. Pflicht und Recht der vollziehenden Gewalt zur

---

1) BB 1959, 533ff

2) Diese Ansicht ist von Arndt mehrfach vertreten worden, zuletzt in BB 1960, 993ff und 1351ff, wo er jedoch einräumt, daß ein nichtiges Gesetz tatsächliche Wirkungen hervorbringen kann. Er versucht in diesen Aufsätzen die Frage nach Recht oder Unrecht von der Frage nach den Folgen des durch ein verfassungswidriges Gesetz verursachten Unrechts zu trennen. Er schlägt deshalb vor, die Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG durch eine Staatshaftung zu sichern. Dagegen: Scheuner, BB 1960, 1253ff

3) NJW 1959, 1465ff

4) gegen den von Arndt und Hamann verwandten Ausdruck "demokratisches Mißtrauen" wendet sich Maisch in NJW 1959, 1475, der den Ausdruck "demokratische Wachsamkeit" für angebrachter hält

Normenkontrolle ergäben sich aus Art. 20 Abs. 3 GG. Nach dieser Bestimmung bestehe für Gerichte und Verwaltungsbehörden gleichermaßen die Pflicht, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Art. 100 GG sei nur eine Verfahrensvorschrift für die richterliche Normenkontrolle, das Fehlen einer entsprechenden Verfahrensvorschrift für den Bereich der Exekutive besage noch nichts gegen deren Normenkontrollrecht.

Rönitz [1] betrachtet das Prinzip der Gewaltenteilung als ein Argument gegen das Prüfungsrecht der Verwaltung. Eine Gewalt könne nur dann auf die andere einwirken, wenn sie ausdrücklich dazu ermächtigt sei. Im Grundgesetz gäbe es jedoch keine Bestimmung, nach der die Verwaltung befugt sei, von ihr anzuwendende Gesetze zunächst auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Das Grundgesetz billige nur den Richtern das Recht zu, Gesetze in einem konkreten Streitfall auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu untersuchen. Art. 93 Abs. 1 S. 2 GG gäbe der Bundesregierung nur als politischem Organ ein Prüfungsrecht, nicht etwa den Ministern als Spitzen der Verwaltung. Im übrigen sei noch nicht einmal die Bundesregierung befugt, von sich aus anzuordnen, daß ein von ihr für verfassungswidrig gehaltenes Gesetz bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes nicht mehr anzuwenden sei.

Wie Rönitz verteidigt auch Kopacek [2] die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes und meint, daß die Steuerbeamten ein Gesetz so lange für verfassungsmäßig ansehen müßten, als nicht durch eine höchstrichterliche Entscheidung die Verfassungswidrigkeit festgestellt sei oder eine dienstliche Anweisung ergehe, die vorschreibe, welche Folgerungen aus den verfassungsrechtlichen Zweifeln zu ziehen seien. Dies sei aus Gründen der Rechtssicherheit geboten. Die Möglichkeit, gesetzwidrige Entscheidungen nur mit der eigenen Überzeugung von einer Verfassungswidrigkeit rechtfertigen zu können, würde erhebliche Willkürentscheidungen zugunsten einzelner Steuerpflichtiger ermöglichen.

Hillebrecht [3] hält die auf einen Verfassungsmangel des Gesetzes hingewiesene Exekutive für verpflichtet, die Vollziehung dieses Gesetzes auszusetzen. Wenn sie den Einwand der Verfassungswidrigkeit prüfe, hielte sie sich durchaus in den ihr durch die Gewaltenteilung gezogenen Grenzen, weil sie nicht das Gesetz als solches angreife, sondern nur im Rahmen gesetzlicher Ermächtigung vorübergehend von seinem Vollzug absehe. Im übrigen befaßt sich Hillebrecht hauptsächlich mit der Frage der Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden, weniger mit der Nichtanerkennung eines Gesetzes durch die Exekutive [4].

---

1) NJW 1960, 226ff 2) BB 1959, 837 mit einer Anmerkung von Arndt
3) FR 1959, 244ff und 343ff 4) siehe Anm. 8

Schaar [1] widerspricht Rönitz in wesentlichen Punkten. Die Verwaltung habe zwar nach dem Grundgesetz nicht das Recht, die von den verfassungsmäßigen Organen erlassenen Gesetze nicht anzuwenden. Wenn aber die Verwaltung die Entscheidung über Einsprüche und die Vollziehung von Steuerbescheiden wegen verfassungsrechtlicher Zweifel aussetze, so verweigere sie damit dem in Betracht kommenden Gesetz ebensowenig den Gehorsam, wie wenn sie die Aussetzung wegen noch nicht geklärter Zweifel bezüglich der Auslegung anordne.

Michel [2] verweist im Zusammenhang mit dem Problem der Normenkontrolle der vollziehenden Gewalt erstmalig auf die Bestimmung des § 76 Ziff. 2 BVerfGG, wonach die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Drittel des Bundestages die abstrakte Normenkontrolle beantragen können, wenn einer der Antragsberechtigten Bundes- oder Landesrecht für gültig hält, das eine Verwaltungsbehörde als unvereinbar mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewendet hat. Diese Bestimmung setze nach Michel ein Prüfungsrecht der Verwaltung voraus. Auch das Prinzip der Gewaltenteilung stehe einem Prüfungsrecht der vollziehenden Gewalt nicht entgegen. Die Trennung der Staatsgewalten sei nicht um der einzelnen Gewalt willen erfolgt, sondern bezwecke die gegenseitige Kontrolle zum Schutz der Freiheitssphäre der Staatsbürger. Und der mit der Normenkontrolle der Exekutive verbundene Machtzuwachs richte sich nicht gegen den Staatsbürger, sondern gegen die gesetzgebende Gewalt. Auch die Gehorsamspflicht des Beamten könne diesen nicht zur Ausführung verfassungswidriger Gesetze verpflichten. Wenn schon § 38 BRRG und § 56 BBG dem Beamten das Gehorsamsverweigerungsrecht gegenüber Anordnungen, die ihm die Verletzung eines Strafgesetzes zumuten würden, gewähren, dann müsse das gleiche Weigerungsrecht gegenüber Anordnungen bestehen, die den Beamten zu einer Verletzung der Verfassung zwingen würde, die in ihrer Gesamtheit über den Strafgesetzen stehe. Die Gehorsamspflicht des Beamten und das Weisungsrecht des Vorgesetzten könnten nur im Rahmen der Verfassung ausgelegt werden und fänden überall dort ihre Grenze, wo sie in Widerspruch zu einzelnen Vorschriften der Verfassung treten.

Sigloch [3] beruft sich auf den in der Weimarer Zeit vertretenen Satz"lex superior derogat legi inferiori" [4]. Ein verfassungswidriges Gesetz sei daher von Anfang an nichtig und gelte also nicht. Daraus ergäbe sich das Recht der Verwaltung, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Aber nicht jede Verwaltungsstelle sei befugt, einem Gesetz die Anerkennung zu versagen, weil sie es für verfassungswidrig hält. In entsprechender Anwendung des

---

1) NJW 1960, 852
2) NJW 1960, 841ff
3) JZ 1958, 80ff
4) Hensel in HdbDStR II, S. 314

§ 56 BBG unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) müsse jeder Beamte, der ein Gesetz wegen Verstoßes gegen die Verfassung nicht beachten will, vorher die Weisung seiner Vorgesetzten einholen. Für die Regierung besäßen aber Gesetze immerhin die Vermutung der Gültigkeit, was insbesondere zu beachten sei, wenn ein Gesetz ein bestimmtes Verhalten der Verwaltung verbiete. Die Regierung dürfe sich also nicht ohne weiteres über Gesetze hinwegsetzen, sondern müsse gemäß Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG vorlegen.

Götz [1] widerspricht der Ansicht von Arndt, Hamann und Michel, daß verfassungswidrige Gesetze von Anfang an nichtig seien. Aus den Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG ergäbe sich zwar eine Rangfolge zwischen Verfassung und einfachem Gesetz aber keine Aussage darüber, ob diese Rangfolge notwendig die Ipso-iure-Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes hervorrufe. In keiner Vorschrift des Grundgesetzes werde ausdrücklich die Nichtigkeit als Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen erwähnt. Die Bestimmung des Art. 100 GG, nach der die allgemeinen Gerichte trotz der ihnen zugestandenen Prüfungsbefugnis und der auf Grund dieser Befugnis festgestellten Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes diesem Gesetz nicht von sich aus die Anerkennung versagen dürfen, spräche gegen die Annahme einer Ipso-iure-Nichtigkeit. Dies zwänge zu der Annahme, daß die Verwaltung und der Bürger nicht eher verfassungswidrige Gesetze als nicht existent betrachten dürften, als bis das Bundesverfassungsgericht sie für nichtig erklärt habe. Verfassungswidrige Gesetze seien also nicht ipso iure nichtig, sondern durch Gestaltungsurteil des Bundesverfassungsgerichts mit prinzipieller Rückwirkung vernichtbar. Mit dem Ergebnis, daß verfassungswidrige nachkonstitutionelle Gesetze nicht ipso iure nichtig seien, sei nicht zugleich die Folge verbunden, daß die Verwaltung verfassungswidrige nachkonstitutionelle Gesetze ohne Prüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit anzuwenden habe. Dem Grundgesetz widerspräche nur ein selbständiges Entscheidungsrecht, nicht jedoch ein Prüfungsrecht, welches aus der Möglichkeit der Einleitung eines abstrakten Normenkontrollverfahrens beim Bundesverfassungsgericht Sinn und Berechtigung erhalte.

Dürig [2] betont den Unterschied zwischen dem Entscheidungs- (Verwerfungs-) Recht über Gesetze, das nur den Verfassungsgerichten vorbehalten sei, und dem Prüfungsrecht über Gesetze. Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der Exekutivspitzen ergäben sich schon aus Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG. Aber auch die nach-

---

1) NJW 1960, 1177ff
2) in Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr. 66

geordneten Verwaltungsinstanzen hätten ein Prüfungsrecht, was sich aus § 76 Ziff. 2 BVerfGG und aus den beamtenrechtlichen Remonstrationsrechten und -pflichten ergäbe. Dennoch werde dadurch die Weisungs- und Befehlsgebundenheit innerhalb der Exekutive nicht aufgehoben, nicht einmal sistiert. Die Aussetzungsbefugnis der Exekutivbehörden könne nur so weit reichen, wie die Vorlagebefugnis zur entscheidungskompetenten Instanz. Schon die nächsthöhere Behörde könne die Aussetzung des Gesetzvollzugs zunichte machen. Damit bliebe nur die Frage, wie sich die vorlageberechtigten Regierungen zu verhalten haben, wenn Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes auftreten. Die Vorlagepflicht stehe in diesem Fall außer Zweifel. In der Zeit zwischen Vorlage und verfassungsgerichtlicher Entscheidung komme es auf die Überzeugung der Regierung an. Hält sie das Gesetz für verfassungswidrig, so habe sie alle Maßnahmen anzuhalten, die auf Grund dieses Gesetzes vollendete Tatsachen schaffen würden, weil sie das Gesetz realisieren oder ignorieren. Hält sie das Gesetz für verfassungsmäßig, so müsse sie dem Gesetzesvollzug "seinen Lauf" lassen.

Hoffmann [1] vertritt in einer eingehenden Untersuchung die Ansicht, daß der Verwaltungsbeamte ein ursprünglich verfassungswidriges Gesetz weder verwerfen noch anwenden könne. Er habe vielmehr die Weisung der vorgesetzten Stelle einzuholen. Teilt diese die Bedenken, so habe sie die nächsthöhere Stelle anzurufen. Die Regierung schließlich sei, sofern sie das Gesetz für verfassungswidrig hält, verpflichtet, eine abstrakte Normenkontrolle beim Verfassungsgericht zu beantragen. Für die Rechtsfolgen fehlerhafter Gesetze vertritt Hoffmann die Vernichtbarkeitstheorie: ursprünglich verfassungswidrige Gesetze seien nicht ipso iure nichtig, sondern nur durch eine ipso iure eintretende Suspendierung ihrer Anwendung gekennzeichnet. Die Geltung dieser Gesetze bestehe darin, daß die rechtsanwendenden Organe diese Gesetze nicht verwerfen dürften, sondern verpflichtet seien, das Verfahren auszusetzen und eine Normenkontrolle entweder direkt beim Verfassungsgericht oder über die vorgesetzte Behörde herbeizuführen.

Menger [2] entnimmt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21. 2. 1961 [3] die unmißverständliche Feststellung, daß auch der Verwaltungsbeamte verpflichtet sei, eine Norm vor ihrer Anwendung auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Insoweit besitze der Verwaltungsbeamte das Recht der unselbständigen Normenkontrolle, das heißt, Prüfungsrecht ohne Verwerfungskompetenz. Im Gegensatz zum Richter kann aber der Verwaltungsbeamte

---

1) JZ 1961, 193ff

2) VerwArch 52 (1961), 305ff

3) siehe S. 3

schon auf Anordnung seiner Vorgesetzten zur Anwendung des fraglichen Gesetzes verpflichtet werden, ohne daß das Gesetz dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorgelegt würde. Dieser Unterschied zu den Gerichten beruhe darauf, daß die Verwaltung eine Einheit insofern darstelle, als innerhalb des Gesamtkörpers - sei es auf horizontaler Ebene, sei es in der Vertikalen - nur eine einheitliche Willensbildung vorhanden sei, und nur der daraus hervorgegangene Gesamtwille den Willensausdruck der Verwaltung darstelle. Bei der Gerichtsbarkeit gäbe es dagegen keinen "vertikal" zustande gekommenen Gesamtwillen. Der Gesamtwille der Verwaltung setze sich aus vielen Komponenten zusammen, und jeder mit der Sache befaßte Beamte sei verpflichtet, zu der richtigen Bildung dieses Gesamtwillens beizutragen, indem er sachgemäß remonstriere. Menger wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob die Verletzung der Prüfungs- und Remonstrationspflichten einen (Verfahrens-)Fehler darstelle, der unabhängig davon, ob die eine Maßnahme stützende Norm verfassungsmäßig ist oder nicht, die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme beeinflusse.

Faller [1] prüft, ob die Gedankengänge Hoffmanns auch für die Staatsanwaltschaft "als Herrin des vorbereitenden Strafverfahrens" gelten können. Er bejaht die von Hoffmann vorgeschlagene Lösung, die dem Beamten eine formlose Aussetzung des Verfahrens und die Vorlage der Rechtsfrage im Instanzenzug gebietet, damit schließlich über die Exekutivspitze eine Entscheidung des Verfassungsgerichts herbeigeführt werde. Er will aber für die Staatsanwaltschaft einige Modifikationen gelten lassen und damit gleichzeitig zeigen, "daß die Staatsanwaltschaft eine Brücke zwischen der rechtsprechenden und der vollziehenden Gewalt ist". Als Organ der Rechtspflege dürfe der Staatsanwalt sich nicht mit bloßen Zweifeln begnügen, sondern er könne wie der Richter erst nach pflichtgemäßer, sorgfältiger Prüfung die Frage an die höhere Instanz weiterleiten. Da ferner die sogenannte Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts anders und begrenzter ist als die der übrigen Beamten, sollen die höheren Instanzen und letztlich die Regierung die Frage selbst dann weiterleiten, wenn sie die Zweifel der Verfassungsmäßigkeit nicht teilen. Würde die Regierung bzw. der Justizminister über die ihnen nach §§ 146, 147 GVG zustehenden Weisungs- und Aufsichtsrechte ihre Rechtsansicht durchsetzen, dann "würde die Staatsanwaltschaft in einer fundamentalen Rechtsfrage auf eine Weise überspielt, die mit ihrer institutionellen Selbständigkeit kaum zu vereinbaren wäre".

---

1) JZ 1961, 478

Die wiedergegebenen Äußerungen zeigen, daß die Frage, ob die Exekutive einem Gesetz die Anerkennung versagen könne, wenn sie es für verfassungswidrig hält, von zwei Gesichtspunkten her betrachtet werden kann. Man kann einmal nach dem Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze fragen. Es handelt sich dabei in erster Linie um die Frage, ob die rechtliche Folge dieser Gesetze deren Nichtigkeit ist, ob sie also von vornherein unbeachtlich sind. Diese Folge wird von denjenigen Autoren, die für eine Nichtanerkennung verfassungswidriger Gesetze durch die Exekutive eintreten, nicht genügend bewiesen. Sie nehmen die von Anfang an eintretende Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als gewünschtes Ergebnis vorweg.

Sollte die Nichtigkeit wirklich die einzige Rechtsfolge fehlerhafter Gesetze sein, dann wäre unsere Frage schon beantwortet. Da nichtige Gesetze unbeachtlich sind, kann die Exekutive ohne weiteres solchen Gesetzen die Anerkennung versagen. Kommt aber die Nichtigkeit als Rechtsfolge nicht in Frage, besitzen also verfassungswidrige Gesetze - wenn auch bedingt - Geltung, dann wäre zu prüfen, welche Möglichkeiten der Exekutive zur Verfügung stehen, um sich dem Vollzug dieser Gesetze zu entziehen.

2. Kapitel: DER WIRKUNGSGRAD VERFASSUNGSWIDRIGER GESETZE

§ 1 Vorbemerkungen

I. Die Behandlung fehlerhafter Gesetze in der Vergangenheit

Die staatsrechtliche Literatur hat sich bisher nicht sehr eingehend mit dem fehlerhaften Gesetz beschäftigt. Das ist sehr auffallend, da diese Frage zumindest in der Auseinandersetzung um das richterliche Prüfungsrecht eine entscheidende Rolle hätte spielen müssen.

Unter dem Geltungsbereich der alten Reichsverfassung von 1871, wo das richterliche Prüfungsrecht noch allgemein abgelehnt wurde, erzeugte die Frage nach den Folgen fehlerhafter Gesetze naturgemäß wenig Interesse. Die Ausfertigung eines Gesetzes wurde als eine praesumptio iuris et de iure für das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes angesehen [1) 2)]. War also ein Gesetz ausgefertigt und im Gesetzblatt verkündet, dann besaß es unbedingt Geltung. Niemand, nicht einmal ein Gericht, durfte die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes bezweifeln.

Während der Auseinandersetzung um das richterliche Prüfungsrecht in der Weimarer Zeit gingen die Befürworter der richterlichen Nachprüfung stets von der Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze aus. Für sie galt als selbstverständlich und daher auch keine nähere Begründung verlangend der Satz: "lex superior derogat legi inferiori". Auf verfassungswidrige Gesetze übertragen hieß das: "Verfassungsrecht bricht Gesetzesrecht" [3)]. Verfassungswidrige Gesetze waren damit von Anfang an nichtig und durften keine Beachtung verlangen. Daraus wurde gefolgert, daß der Richter, der zwar dem Gesetz unterworfen war (Art. 102 WRV), aber doch nur dem bestehenden Gesetz, verpflichtet sei, zu prüfen, ob überhaupt ein Gesetz vorliege und nicht etwa die als Gesetz auftretenden Normen verfassungswidrig und damit nicht vorhanden, also unbeachtlich wären.

---

1) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 2 S. 44: "Wenn der Kaiser die Ausfertigung erteilt, so wird damit in formell unanfechtbarer und rechtswirksamer Weise konstatiert, daß das Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen ist."

2) Im alten Preußen bestimmte die Verfassung vom 31. 1. 1850 in Art. 106 Abs. 1: "Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind."

3) Hensel in HdbDStR II, S. 314

Gegen die Annahme, daß verfassungswidrige Gesetze ohne weiteres als nichtig angesehen werden müßten, machte Anschütz [1] geltend, daß es zu weit ginge, in jedem Formfehler des Gesetzgebungsverfahrens einen Nichtigkeitsgrund zu erblicken, der das ganze Gesetz invalidiere, und daß erst noch zu untersuchen wäre, inwieweit die Unzulässigkeit einer Handlung ihre Ungültigkeit zur Folge habe. Trotz dieser berechtigten Kritik wurde der Frage nach den Folgen fehlerhafter Gesetze nur wenig Beachtung geschenkt und über sie sehr wenig geschrieben [2]. Die Anhänger des Prüfungsrechts wären auch in eine schwierige Lage gekommen, wenn statt der Nichtigkeit die Vernichtbarkeit verfassungswidriger Gesetze in Betracht gekommen wäre, da sie dann hätten begründen müssen, warum der Richter befugt sein sollte, ein zwar fehlerhaftes aber bis zu seiner Vernichtung immer noch Beachtung und Geltung verdienendes Gesetz zu vernichten.

Die unkritische Hinnahme des Satzes "Verfassungsrecht bricht einfaches Gesetzesrecht" in der Weimarer Zeit verführt heute noch viele Schriftsteller zu der Behauptung, daß unser Verfassungsrechtsdenken nur eine Fehlerkategorie bzw. nur eine Rechtsfolge fehlerhafter Gesetze kenne, nämlich die Nichtigkeit [3], ohne zu prüfen, ob dieser Satz für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik noch uneingeschränkt Geltung besitzt. Immerhin hat das Grundgesetz in Art. 100 GG die Anerkennung des richterlichen Prüfungsrechts gebracht. Damit ist die Notwendigkeit entfallen, für verfassungswidrige Gesetze die Rechtsfolge der Nichtigkeit anzunehmen, damit der Richter nicht gezwungen ist, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden. Die Veränderung, die das Grundgesetz gegenüber der Weimarer Zeit gebracht hat, verlangt daher ein neues Durchdenken der Rechtsfolgen verfassungswidriger Gesetze [4].

---

1) Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht, 7. Aufl., 3. Teil, S. 74
2) abgesehen von den Dissertationen von Hanswerner Müller, Zur Lehre von den Fehlern im Gesetzgebungsverfahren, Münsterer Diss. 1924; Leo Münz, Fehler des Gesetzgebungsverfahrens, Berliner Diss. 1934; und Hans Eckfelder, Das fehlerhafte Gesetz, Freiburger Diss. 1953.
v. Hippel sagt in seiner Schrift "Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts" wenig zu diesem Problem. Sein Interesse gilt dem Verwaltungsakt.
3) Hamann, NJW 1959, 1467; Sigloch, JZ 1958, 80
4) Arndt, NJW 1961, 2007: Es "kann keine Regel geben, daß zur Auslegung des Bonner Grundgesetzes auf die Lage unter der Weimarer Verfassung zurückzugreifen sei. Im Zweifel will es das Bonner Grundgesetz anders und neu".

II. Gesetzliche Hinweise

Das Grundgesetz führt keine Bestimmung auf, in der verfassungswidrigen Gesetzen eine bestimmte Rechtsfolge zugeschrieben wird, geschweige denn, daß irgendwo die ausdrückliche Aussage enthalten wäre, daß verfassungswidrige Gesetze von Anfang an nichtig seien. Dafür gebraucht aber das Bundesverfassungsgerichtsgesetz mehrfach den Ausdruck "Nichtigkeit". Seine Verwendung in den verschiedenen Bestimmungen erlaubt jedoch nicht den sicheren Schluß, daß mit diesem Ausdruck nur die anfängliche, die Ipso-iure-Nichtigkeit gemeint sei. So lautet beispielsweise der § 78 BVerfGG: "Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so stellt es in seiner Entscheidung die Nichtigkeit fest. Sind weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes aus denselben Gründen mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar, so kann sie das Bundesverfassungsgericht gleichfalls für nichtig erklären." - Spricht der erste Satz noch für die Annahme einer Ipso-iure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, so läßt der zweite Satz nur die Deutung der Vernichtbarkeit solcher Gesetze zu. Der enge Zusammenhang beider Sätze, betont durch das Wort "gleichfalls", erlaubt für beide Ausdrücke aber nur eine Deutung, ohne jedoch erkennen zu lassen, welche Version gemeint ist. Auch der § 79 BVerfGG, der sich mit dem Schicksal der auf Grund verfassungswidriger Gesetze ergangenen Urteile und Verwaltungsakte befaßt, gibt keine klare Antwort. Zwar ist hier nur von "für nichtig erklärten Normen" die Rede, aber diese Bestimmung gilt unterschiedslos sowohl für nachkonstitutionelle als auch für vorkonstitutionelle Gesetze, deren Verfassungswidrigkeit im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens festgestellt wird. Vorkonstitutionelle Gesetze sind aber bereits nach dem Satz "lex posterior derogat legi priori" außer Kraft getreten. Sie können daher vom Bundesverfassungsgericht nicht mehr für nichtig erklärt werden, da nur noch ihre Nichtigkeit festgestellt werden kann [1]. Auch die §§ 80 bis 95 BVerfGG geben ebensowenig eine bestimmte Deutung des Begriffes Nichtigkeit.

III. Die Begriffe Fehlerkategorie und Fehlerfolgen

Da das positive Verfassungsrecht keine eindeutige Aussage über das Rechtsschicksal verfassungswidriger Gesetze bereithält, müssen Bedeutung und Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit allgemein aus den Grundsätzen des Verfassungsrechts, erforderlichenfalls durch Zurückgreifen auf das ganze System der Rechtsordnung

---

1) Hoffmann, JZ 1961, 196

hergeleitet werden[1]. Diese Untersuchung bezweckt jedoch nicht die theoretische Entwicklung einer Lehre von Fehlerfolgen, sondern lediglich das Aufsuchen der einzig richtigen Fehlerfolge für verfassungswidrige Gesetze nach dem geltenden Verfassungsrecht. Zuvor erscheint es aber ratsam, einige Begriffe zu klären, nachdem schon das Bundesverfassungsgerichtsgesetz eine Terminologie gebraucht, die zu Zweifeln Anlaß gibt.

Wir sprechen von der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, wenn es nicht alle Voraussetzungen des in der Verfassung niedergelegten Gesetzgebungsverfahrens erfüllt oder inhaltlich gegen Grundsätze der Verfassung verstößt. Auch ein Gesetz, das mißverständlich, irreführend oder in sich widerspruchsvoll ist, verstößt gegen Grundsätze des Rechtsstaates, die Verfassungsrang besitzen, und ist daher verfassungswidrig [2]. Das gleiche gilt für inhaltlich unmögliche Gesetze.

Vielfach werden die Verfassungsverletzungen noch in formelle und materielle Verfassungsverstöße unterteilt, also danach, ob beim Zustandekommen des Gesetzes gegen Vorschriften des Gesetzgebungsverfahrens verstoßen wurde oder ob das Gesetz durch seinen Inhalt materielle Werte der Verfassung verletzt. Diese Unterscheidung ist heute durch die Vorschrift des Art. 79 GG überholt. Denn ein Gesetz, das den Inhalt der Verfassung irgendwie abändert, und das tut jedes Gesetz, das inhaltlich gegen die Verfassung verstößt, ohne gleichzeitig die Änderung zu bezeichnen und die vorgeschriebenen Mehrheiten in den gesetzgebenden Körperschaften erreicht zu haben, oder das gar eine nach Art. 79 Abs. 3 GG unzulässige Abänderung von Verfassungsgrundsätzen vornimmt, verstößt stets gegen die Formvorschrift des Art. 79 GG. Jede materielle Verfassungsverletzung ist also zugleich eine formelle Verfassungsverletzung [3]

Die Verfassungswidrigkeit macht das Gesetz fehlerhaft. In der Regel hat die Fehlerhaftigkeit eines Rechtsaktes eine Beeinträchtigung der normalen Rechtswirkungen dieses Aktes zur Folge. Die Beeinträchtigung kann sich in einer Minderung oder Aufhebung dieser Rechtswirkungen äußern. Aber nicht jeder Fehler führt zu einer Beeinträchtigung der Rechtswirkungen, und in manchen Fällen ermöglicht die Rechtsordnung die Heilung dieser Fehler, z.B. durch Fristablauf. In welchen Formen sich die aus der Verfassungswidrigkeit folgende Fehlerhaftigkeit von Gesetzen äußert, ist noch zu klären. Hier ist vorerst festzuhalten, daß die Fehlerkategorie der Verfassungswidrigkeit scharf von den

---

1) wie es auch Götz in NJW 1960, 1177 versucht
2) BVerfGE 1, Leits. 14
3) Maunz, in Maunz-Dürig, GG, Art. 82 Rndnr. 2; Hallier, AöR 85, S. 399

Fehlerfolgen dieser Fehlerkategorie geschieden werden muß. Man könnte statt des Ausdrucks Fehlerhaftigkeit auch den im Verwaltungsrecht üblichen Ausdruck Unwirksamkeit gebrauchen, sofern er im weiteren Sinne verwandt wird und nicht lediglich Nichtigkeit bedeutet. Da dieser Ausdruck aber etwas mißverständlich ist, soll der Begriff Fehlerhaftigkeit hier beibehalten werden.

IV. Die möglichen Fehlerfolgen verfassungswidriger Gesetze

Als Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit von Gesetzen sind folgende Formen denkbar [1]:

1. Die verfassungswidrigen Gesetze sind gültig. Nur der Gesetzgeber ist befugt, solche Gesetze außer Kraft zu setzen. Hier äußert die Fehlerhaftigkeit überhaupt keine Beeinträchtigung. Dieser Rechtszustand galt, sofern die Gesetze ausgefertigt und verkündet waren, allgemein für die Zeit vor der Weimarer Verfassung [2] und wurde auch in der Weimarer Zeit zum Teil noch von den Gegner des richterlichen Prüfungsrechts weiter vertreten. Ob diese Möglichkeit unter dem Grundgesetz völlig ausscheidet, wie Hoffmann annimmt, da sonst die im deutschen Recht anerkannte "stärkere Kraft der Verfassung" (die sich in der Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit ursprünglich verfassungswidriger Gesetze äußern könne) jeder praktischen Bedeutung beraubt würde, kann nicht ohne weiteres als selbstverständlich unterstellt werden. Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht einige gesetzliche Regelungen für verfassungswidrig erklärt, ohne gleichzeitig die betreffenden Normen für nichtig zu erklären, sondern ihre Aufhebung dem Gesetzgeber überlassen [3]. Erst eine Auseinandersetzung mit den Gründen dieser Urteile kann Klarheit bringen, ob die Annahme von Hoffmann stimmt.

2. Als nächstes wäre für verfassungswidrige Gesetze die Rechtsfolge der Nichtigkeit denkbar. Hier wird der Verfassungsverstoß für so schwerwiegend erachtet, daß das verfassungswidrige Gesetz als von vornherein unbeachtlich gilt. Diese Gesetze können in keiner Form Geltung beanspruchen und Anwendung finden. Die Nichtigkeit ergibt sich ipso iure durch die Verfassung. Die Verbindlichkeit der Verfassung ist in so starkem Maße zwingend, daß sie die Verbindlichkeit verfassungswidriger Gesetze ausschließt. Das Urteil

---

1) vgl. hierzu auch Kipp in Gegenwartsproblem des Rechts, N.F. 1, S. 97; Windisch, Die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurter Diss. 1956, S. 45; Hoffmann, JZ 1961, 195

2) Laband, aaO, S. 53

3) BVerfGE 8, 1ff; 8, 28ff; 9, 338ff;

des Verfassungsgerichts, in dem die Nichtigkeit ausgesprochen wird, hat nur noch deklaratorische Bedeutung.

3. Die Rechtsordnung kann aber auch als Rechtsfolge für verfassungswidrige Gesetze die Vernichtbarkeit vorsehen. Dann würde die Verbindlichkeit dieser Gesetze nicht automatisch durch die Verfassung, sondern erst in einem besonderen Verfahren auf Grund der Verfassung, in der Regel durch den Spruch des Verfassungsgerichts, der dann in diesem Fall konstitutiv wirken würde, vernichtet werden. Bis zum Spruch des Verfassungsgerichts ergeben sich für die Geltung dieser Gesetze folgende Möglichkeiten:

   a) Sie sind voll wirksam. Bis zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das Verfassungsgericht kann sich niemand auf die Verfassungswidrigkeit dieser Gesetze berufen.

   b) Die verfassungswidrigen Gesetze sind zwar nicht ipso iure nichtig, aber bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichts ipso iure suspendiert [1].

   c) Die verfassungswidrigen Gesetze sind vorläufig wirksam, ihr Vollzug kann jedoch ausgesetzt werden, wobei die Aussetzung allerdings nicht ipso iure erfolgt, sondern nur auf Grund eines vorgeschriebenen Verfahrens [2].

V. Die Behandlung der Fehlerkategorien und Fehlerfolgen im bürgerlichen Recht und im Verwaltungsrecht

Die Rechtsbegriffe der Nichtigkeit und Vernichtbarkeit sind nicht auf das Staatsrecht beschränkt. Sie sind auch im Privat- und Verwaltungsrecht gebräuchlich und haben gerade dort eine große Bedeutung erlangt. Ein Blick auf die Bedeutung dieser Begriffe in diesen Rechtsbereichen, auf die Gründe, die ihre Anwendung gebieten, aber auch die Gründe, die gegen ihre Verwendung in manchen Fällen sprechen, mag Aufschlüsse für die Verwendung dieser Fehlerfolgen im Staatsrecht liefern. Das besagt aber noch nicht, daß schematisch im Wege der Analogie Erkenntnisse des Privatrechts oder des Verwaltungsrechts auf das Staatsrecht übertragen werden sollen. Bevor ein solcher Schritt unternommen wird, wäre erst einmal festzustellen, ob die Behandlung der Fehlerkategorien

---

1) die Ipso-iure-Suspendierbarkeit, zumindest für Gerichte, wird von Hoffmann JZ 1961, 197 angenommen

2) Vernichtbarkeit ganz allgemein wird vertreten von: Götz, NJW 1960, 1177; Flor, NJW 1957, 243 (246); Grund, NJW 1957, 1624; Kipp, aaO, S. 99; Rönitz, NJW 1960, 226; Windisch, aaO, S. 46

und Fehlerfolgen im Privat- und Verwaltungsrecht zu analogen Ergebnissen geführt hat. In diesem Fall könnte man auf ein allgemein gültiges System der Rechtsordnung für die Behandlung fehlerhafter Rechtsakte schließen, dessen Grundsätze nur auf den Bereich des Staatsrechts zu übertragen wären. Sind dagegen die Unterschiede in beiden Rechtsbereichen so groß, daß sie nicht den Rückschluß auf gemeinsame Grundsätze erlauben, dann dürfte es müßig sein, sich noch um eine analoge Anwendung im Staatsrecht zu bemühen.

Im Privatrecht werden hauptsächlich zwei Rechtsfolgen für mangelhafte Rechtsgeschäfte unterschieden: die Nichtigkeit und die Vernichtbarkeit [1]. Nichtig ist jedes Rechtsgeschäft, das keine der seinem Inhalt entsprechenden Wirkungen hervorzubringen vermag [2]. Die Nichtigkeit tritt von selbst ein, ohne daß es dazu irgendwelcher besonderer Handlungen bedürfte. Jeder kann sich gegenüber jedem auf die Unbeachtlichkeit des nichtigen Rechtsgeschäfts berufen. Die Nichtigkeit ist vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen, ganz gleich, ob sie von den Parteien geltend gemacht worden ist oder nicht. Die Heilung des nichtigen Rechtsgeschäfts ist grundsätzlich ausgeschlossen, auch wenn der Nichtigkeitsgrund später wegfällt.

Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist dagegen vorerst gültig, bis es durch eine dahingehende Erklärung eines Anfechtungsberechtigten vernichtet wird. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist heilbar.

Neben der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit werden als Fehlerfolgen noch die schwebende Unwirksamkeit, die relative Unwirksamkeit und die Vernichtbarkeit genannt. Die beiden ersten Formen sind Abschwächungen der Nichtigkeit, die sich aus der Zurückdrängung der Ipso-iure-Nichtigkeit im Interesse der Sicherhiet des Verkehrs entwickelt haben [3]. Die Vernichtbarkeit steht der Anfechtbarkeit sehr nahe. Das fehlerhafte Rechtsgeschäft wird ebenfalls zunächst als gültig angesehen, kann jedoch nicht durch eine bloße Willenserklärung eines der Beteiligten beseitigt werden, sondern erst durch ein gerichtliches Urteil. Beispiele sind die Vernichtbarkeit der Ehe (§ 23 EheG) und die Vernichtbarkeit von Kapitalgesellschaften (§ 216 AktG und § 75 GmbHG).

---

1) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, II. HalbBd., 14. Aufl. S. 861ff
2) Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 11. Aufl., S. 155
3) Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 861 FN 2

Das Verwaltungsrecht nennt als Rechtsfolge für fehlerhafte Verwaltungsakte die Nichtigkeit und die Vernichtbarkeit. Die Nichtigkeit hat dabei die gleiche Bedeutung wie im Privatrecht. Der Verwaltungsakt kann nicht die gewünschten Rechtswirkungen entfalten, er ist unbeachtlich. Jedermann, auch der Bürger gegenüber der Behörde, kann sich auf seine Nichtigkeit berufen.

Der vernichtbare Verwaltungsakt ist dagegen vorerst gültig. Er kann wegen seiner Fehlerhaftigkeit von der Behörde, die ihn erlassen hat, widerrufen oder vom betroffenen Bürger angefochten werden. Demnach erscheinen als Unterformen der Vernichtbarkeit die Widerruflichkeit und die Anfechtbarkeit [1]. Bei der Widerruflichkeit genügt eine darauf gerichtete Erklärung der Behörde, um den Verwaltungsakt zu beseitigen, sie entspricht also der Anfechtbarkeit im bürgerlichen Recht. Bei der Anfechtbarkeit ist die Erklärung des Bürgers allein nicht ausreichend, der Verwaltungsakt wird erst durch ein gerichtliches Urteil vernichtet. Die Anfechtbarkeit des Verwaltungsrechts entspricht also in etwa der Vernichtbarkeit des Privatrechts [2].

---

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., S. 207, der ebenfalls Widerruflichkeit und Anfechtbarkeit unterscheidet, nur als Oberbegriff statt Vernichtbarkeit den Ausdruck Aufhebbarkeit verwendet. Siehe ferner W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 262

2) Menger (VerwArch 52, 305) meint, daß es nur dort sinnvoll und geboten sei, zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit zu unterscheiden, wo Akte durch Fristablauf unanfechtbar werden können. Im Privatrecht trifft das für die anfechtbaren Rechtsgeschäfte zu. Wird der Fehler innerhalb einer bestimmten Frist nicht geltend gemacht, dann ist die Berufung auf ihn nach Ablauf dieser Frist ausgeschlossen, das Rechtsgeschäft wird so behandelt, als ob es fehlerfrei ergangen wäre. Im Verwaltungsrecht können vernichtbare Verwaltungsakte vom Bürger auch nur innerhalb einer bestimmten Frist angefochten werden. Versäumt er diese Frist, dann gilt der Verwaltungsakt ihm gegenüber als fehlerfrei ergangen. Die Behörde hat aber immer noch die Möglichkeit, den Verwaltungsakt wegen seiner Fehlerhaftigkeit jederzeit zu widerrufen. Im Verwaltungsrecht werden also Verwaltungsakte durch Fristablauf nicht grundsätzlich unanfechtbar. Trotzdem ist die Fehlerfolge der Vernichtbarkeit dort sinnvoll. Aber selbst wenn dem so wäre, würde die Möglichkeit der Heilung nichts an dem Charakter der Vernichtbarkeit ändern. Die Heilung ist erst eine Folge des besonderen Charakters der Vernichtbarkeit, wonach fehlerhafte Akte grundsätzlich zunächst einmal gültig sind. Die Annahme der Vernichtbarkeit hat nicht zur Voraussetzung, daß der Akt durch Fristablauf heilbar sein muß. Die Annahme der Vernichtbarkeit richtet sich nach anderen Gesichtspunkten.

Kann bei den Fehlerfolgen des Privat- und Verwaltungsrechts noch eine gewisse Entsprechung festgestellt werden, so gelten für ihre Verwendung entscheidende Unterschiede. Im Privatrecht sind fehlerhafte Rechtsgeschäfte grundsätzlich nichtig, im Verwaltungsrecht sind dagegen die fehlerhaften Verwaltungsakte grundsätzlich nur anfechtbar [1]. Diese Grundsätze sind Erfahrungssätze, sie geben nicht exakt für jeden Fehler die ihm nach logischen Regeln zukommende Rechtsfolge an. Sie machen es offenkundig, daß es bisher nicht gelungen ist, ein in der Rechtsordnung beschlossenes logisches System von Fehlerkategorien und Fehlerfolgen zu entwickeln [2]. Die Wissenschaft ist statt dessen gezwungen, sich der teleologischen Methode zu bedienen, wo bei der Verwendung der Fehlerkategorien und der Zuteilung ihrer Rechtsfolgen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte maßgebend sind.

Schon die Verwendung der Nichtigkeit als Rechtsfolge für verfassungswidrige Gesetze in der Weimarer Zeit zeigt, daß sie nicht aus logischen Gründen gefolgert wurde, sondem daß mit ihr lediglich das Ziel verfolgt wurde, den Richter vor der Anwendung verfassungswidriger Gesetze zu bewahren. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit, von der in der Verfassung noch nicht die Rede war, wurde von den Anhängern des richterlichen Prüfungsrechts "erfunden", um den Vorrang der Verfassung zu erhalten, ohne das Gesetzmäßigkeitsprinzip, dem der Richter unterworfen war, zu verletzen. Die Fehlerfolge der Nichtigkeit ist in diesem Zusammenhang eine reine Zweckschöpfung.

Inwieweit diese Zweckschöpfung heute noch erforderlich ist, kann erst ein Überblick über das geltende Verfassungsrecht ergeben. Es mag eine Reihe von Argumenten geben, die nur die Nichtigkeit als Rechtsfolge zulassen, während andere nur die Vernichtbarkeit von Gesetzen rechtfertigen. Hier kann nur die Zusammenschau übergeordneter Grundsätze die Antwort geben. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Bedeutung des förmlichen Gesetzes als Bestandteil des Rechtsstaatsbegriffs [3], die Wahrung des höheren Ranges der Verfassung und die Rechtssicherheit als rechtsstaatliche Verfassungsgrundsätze zu würdigen.

---

1) vgl. statt vieler Forsthoff, aaO, S. 206
2) vgl. hierzu eingehend v. Hippel, aaO, insbes. S. 22
3) Maunz-Dürig, GG Art. 20 Rndnr. 61

§ 2 Die Bedeutung des förmlichen Gesetzes

I. Der Inhalt der Gesetzeskraft

1. Das Gesetz als Akt der besonderen staatlichen Autorität des Gesetzgebers

Schon das Verwaltungsrecht lehrt, daß hoheitlichen Akten besonderer Respekt zukommt. Begründet wird dies mit der Staatsautorität, die in den Verwaltungsakten bekundet werde und als solche Anspruch auf Beachtung verdiene [1]. Der "Rang und die Glaubwürdigkeit der Verwaltung" [2] rechtfertigen es, in den Bekundungen der Behörde zugleich eine Bezeugung der Rechtmäßigkeit ihrer Handlungen zu sehen[3]. Diese Erwägungen tragen den Grundsatz, daß Verwaltungsakte im Zweifel nicht von vornherein nichtig, sondern nur vernichtbar sind.

Die Bedeutung, die den Verwaltungsakten auf Grund der Stellung ihrer Urheber zukommt, wird bei den Gesetzen noch gesteigert, da jedes von ihnen "Rang und Prädikat einer demokratischen Mehrheitsentscheidung" [4] besitzt. Die Legislative kann sich im Gegensatz zu der Verwaltung auf ihre Legitimation als gewählte Repräsentation des Volkes berufen [5], und die "Idee des Repräsentativsystems" (Leibholz), die die Abgeordneten als Repräsentanten der politisch-ideellen Volkseinheit handeln läßt und der parlamentarischen Mehrheitsentscheidung die ihr eigene Verpflichtungskraft für das repräsentierte Volksganze verleiht, gibt dem in der parlamentarischen Diskussion aus wechselseitigem Meinungsaustausch hervorgegangenen Gesetz einen besonderen Wert im Hinblick auf seine inhaltliche Richtigkeit und Rechtmäßigkeit [6]. Das Gesetz erhält damit einen bevorzugten Wert gegenüber den anderen staatlichen Willensäußerungen von Justiz und Verwaltung [7].

Neben der besonderen Würde, die dem Gesetz als parlamentarischem Akt zukommt, enthält es ebenso wie der Verwaltungsakt das stillschweigende Zeugnis seines Urhebers, mit der Verfassung im Einklang zu stehen. Das besagt nun keineswegs, daß jedes Gesetz damit auch objektiv verfassungsmäßig sei, denn dann wäre ja die verfassungsgerichtliche Kontrolle überflüssig. Auch der Gesetz

---

1) Forsthoff, aaO, S. 206
2) Arndt, NJW 1959, 863
3) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Bd. I, S. 95
4) Ipsen, VVDStRL 10, 75; siehe auch Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr. 62
5) Fuß, JZ 1959, 331
6) Leibholz, Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems, 2. Aufl., S. 52, 175
7) Leibholz, aaO, S. 176

geber kann einmal irren, was aber noch lange kein Anlaß ist, grundsätzlich die Verfassungsmäßigkeit eines jeden Gesetzes zu bezweifeln und fehlerhafte Gesetze von vornherein als nichtig anzusehen. Die Unterwerfung der Akte des Gesetzgebers unter die Kontrolle des Verfassungsgerichts ändert nichts an ihrem Rang und schon gar nichts an ihrer bevorzugten Stellung gegenüber den Akten der Justiz und Verwaltung, die über die Verfassungsbeschwerde ebenfalls der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterstellt sind. Diese Kontrolle ist vielmehr ein Grund, der Bezeugung des Gesetzgebers von der Rechtmäßigkeit seiner Akte so lange Beachtung zu schenken, bis das Verfassungsgericht gesprochen hat.

2. Die Ausfertigung und Verkündung

Die Bekundung der Rechtmäßigkeit ist nicht allein auf das Zeugnis des Gesetzgebers beschränkt. Die Gesetze zeichnen sich gegenüber den anderen Staatsakten noch durch die besondere Kontrolle ihrer Rechtmäßigkeit aus, die bei der Ausfertigung vom Bundespräsidenten vorgenommen wird. Da nach Art. 82 GG der Bundespräsident nur "die nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze" ausfertigen darf, wird ihm das Recht und die Pflicht zuerkannt, selbständig die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nachzuprüfen [1]. Zwar begründet die Ausfertigung wegen dieser Prüfung nicht mehr eine praesumptio iuris et de iure für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes [2], aber sie schafft immer noch eine, wenn auch widerlegbare, Vermutung, daß das Gesetz mit dem Grundgesetz im Einklang steht. Die Aufgabe des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung soll sich nicht in einer formellen, rein beurkundenden Tätigkeit erschöpfen, vielmehr verleiht die Unterzeichnung, die mit im Gesetzblatt kundzumachen ist, das von der Autorität des Staatsoberhauptes getragene Zeugnis, daß der in der Gesetzesurkunde enthaltene Text ein vom Bundestag verabschiedetes Gesetz ist und formell und materiell der Verfassung entspricht [3]. Die Ausfertigung bildet neben dem Rang der parlamentarischen Mehrheitsentscheidung ein wichtiges Element der dem Gesetz eigentümlichen Gesetzeskraft.

Das Gesetzgebungsverfahren ist mit der Ausfertigung noch nicht erschöpft. Es muß noch die Verkündung hinzutreten, ehe das Gesetz seine rechtliche Wirksamkeit für und gegen jedermann erlangt. Diese von der Verfassung vorgeschriebene Veröffentlichung im Gesetzblatt ist keine bloße Zutat des Gesetzgebungsverfahrens, sondern ein integrierender Bestandteil des Gesetzgebungsaktes

---

1) Maunz, in Maunz-Dürig, GG, Art. 82 Rndnr. 2
2) Laband, aaO, S. 53; Anschütz, WRV, 14. Aufl. Erl. 3 zu Art. 70
3) Hallier, AöR 85, 398f

selbst [1]. Denn jedes gesetzte Recht muß, um Geltung zu erlangen, in das Gesetzblatt aufgenommen worden sein [2].

Das Gesetz hebt sich damit auch durch die Form, mit der es rechtlich in Erscheinung tritt, von den anderen Staatsakten ab. Das Gesetzblatt ist nicht nur reines Informationsblatt für Bürger und Behörden über die Ergebnisse der Gesetzgebung, seine Ausgabe begründet vielmehr die unwiderlegliche Vermutung, daß jeder Betroffene die Möglichkeit hat, sich über Bestehen und Inhalt des publizierten Gesetzes zu unterrichten. Ob tatsächlich vom Inhalt des Gesetzes Kenntnis genommen wurde, spielt keine Rolle [3]. Der Fortschritt, der in der Einführung des Gesetzblatts gesehen wird, weil es drei wichtige Tätigkeiten vereinigt und vereinfacht - Vereinfachung in der Versendung des Textes, Schaffung einer Sammlung der Gesetzestexte und Vereinfachung des Systems der Publikationshandlungen [4] - , bleibt aber nur dann ein Fortschritt, wenn die an das Erscheinen des Gesetzblatts geknüpfte Vermutung der Gesetzeskenntnis auch ihre Ergänzung in der Vermutung des Bürgers in die Rechtmäßigkeit der dort publizierten Gesetze findet [5].

II. Die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen

Die Gültigkeitsvermutung hat in der Literatur noch nicht uneingeschränkte Billigung gefunden, obwohl sie von der Rechtsprechung mit sehr überzeugenden Argumenten vorgetragen wird. So hat sich sehr nachdrücklich der Bundesfinanzhof für die Vermutung der Rechtmäßigkeit von Gesetzen ausgesprochen. Es "muß bei der Beurteilung der Frage, ob eine gesetzliche Bestimmung mit den Prinzipien der Verfassung vereinbar oder ob sie verfassungswidrig ist, davon ausgegangen werden, daß im parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaat die gesetzgebenden Organe die verfassungsmäßigen Grundrechte der Bürger zu achten gewillt sind. ... Mit anderen Worten hat ein ordnungsmäßig erlassenes und verkündetes Gesetz die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit für sich"[6]. In diesen Sätzen sind die wichtigsten Gründe angedeutet, die die Gültigkeitsvermutung rechtfertigen:

---

1) BVerfGE 7, 330(337); Werner Weber, Die Verkündung von Rechtsvorschriften, S.
2) Lukas, Über die Gesetzespublikation in Österreich und im Deutschen Reiche, S. 209
3) Hallier, AöR 85, 407 4) Lukas, aaO, S. 148
5) siehe auch Bachof, VVDStRL 12, 52f
6) BFH Urteil v. 12. 12. 1958 - BStBl 1959 III, S. 141

der Rang des Parlaments als der vom Volk gewählten Vertretung, die Förmlichkeit des Zustandekommens der Gesetzesbeschlüsse, die Ausfertigung, die vielfach schon für sich allein als Grundlage der Gültigkeitsvermutung angesehen wird [1] und die Verkündung.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich sehr frühzeitig zu der Vermutung der Gültigkeit von Gesetzen bekannt, indem es aus dieser Vermutung das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung ableitete [2]. Ein solch wichtiges Prinzip hätte das Bundesverfassungsgericht kaum auf dieser Grundlage entwickelt, wenn es sie nicht als so selbstverständlich angesehen hätte, daß es sich eingehende Ausführungen darüber sparen konnte.

Arndt, der die Entscheidung des Bundesfinanzhofes angreift, hat selbst an anderer Stelle zugegeben, daß verfassungswidrige Gesetze einen Rechtsschein bewirken [3]. Gleichwohl wendet er sich gegen die Annahme der Gültigkeitsvermutung [4]. Soweit der Bundesfinanzhof ausspricht, daß im parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaat der Gesetzgeber die Grundrechte des Bürgers zu achten gewillt ist, hält er dem entgegen, daß das System unserer Verfassung sich auf das demokratische Mißtrauen gründe, daß Staatsorgane nicht davor gefeit seien, ja erfahrungsgemäß dazu neigen können, ihre Kompetenzen zum Nachteil des Bürgers zu überschreiten. Auf Grund dieses Mißtrauens verdienten verfassungswidrige Gesetze nicht einmal das Privileg vorläufiger Gültigkeit, sondern seien von Anfang an nichtig. Auf der anderen Seite sollen nach Arndt Verwaltungsakte, die auf Grund eines verfassungswidrigen Gesetzes ergangen sind und daher fehlerhaft sind, nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sein [5]. Der Grund hierfür sei "der Rang und die Glaubwürdigkeit der Verwaltung", von der der Akt stamme. Der Akt, durch den unmittelbar in die Rechte des Bürgers eingegriffen wird, soll also wegen des Ranges und der Glaubwürdigkeit der Verwaltung nur anfechtbar sein, während das zugrunde liegende Gesetz, das vom demokratisch gewählten Gesetzgeber erlassen wurde, von vornherein nichtig sein soll. Dem vom Volk berufenen und von seinem Vertrauen abhängigen Parlament damit einen geringeren Rang und weniger Glaubwürdigkeit als der Verwaltung einzuräumen, bedeutet eine Verkennung der Geschichte des Parlamentarismus. Ursprünglich richtete sich das Mißtrauen gegen die allmächtige Exekutive des absoluten Königs. Die Einführung der Parlamente mit dem Recht, die Exekutive zu kontrollieren, und die Beschränkung der Exekutive, nur auf Grund eines Gesetzes in Freiheit und Eigentum eingreifen zu dürfen, wurden als große Errungenschaften, zuerst der konstitutionellen Mo-

---

1) Hallier, AöR 85, 398 2) BVerfGE 2, 266(282); später noch in BVerfGE 9, 350
3) NJW 1959, 863 4) BB 1959, 533
5) NJW 1959, 863

narchie, später der parlamentarischen Demokratie gefeiert [1]. Billigt man den Akten der Exekutive aus wohlberechtigten Gründen den Grundsatz zu, daß sie die Vermutung der Gültigkeit für sich haben und im Zweifel nur vernichtbar sind, dann muß das ebenso für die Akte der Legislative gelten.

Wenn Arndt in der Formulierung "ein ordnungsgemäß erlassenes und verkündetes Gesetz habe die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit für sich" einen Widerspruch erblickt, weil ein verfassungswidrig erlassenes Gesetz als ordnungsgemäß erlassen gar nicht denkbar sei, so ist zuzugeben, daß diese Formulierung vielleicht mißverständlich ist. So weit ordnungsgemäß erlassen gleichbedeutend mit formell im Einklang mit der Verfassung erlassen aufgefaßt wird, ist diese Formulierung wenig sinnvoll. Formelle und materielle Verfassungswidrigkeit lassen sich wegen Art. 79 GG begrifflich nicht trennen [2], und es ist daher unmöglich, zu sagen, ein formell im Einklang mit der Verfassung erlassenes Gesetz habe die Vermutung der Gültigkeit für sich. Das ist jedoch mit dieser Formulierung gar nicht gemeint. Ordnungsgemäß erlassen heißt lediglich, daß ein Gesetz im normalen Gesetzgebungsverfahren beschlossen, vom Bundespräsidenten ausgefertigt und anschließend im Gesetzblatt verkündet worden ist. Es bleibt dann immer noch denkbar und bedeutet keinen Widerspruch, daß ein im normalen Gesetzgebungsverfahren beschlossenes Gesetz wegen irgend eines Fehlers, der vom Gesetzgeber oder vom Bundespräsidenten übersehen wurde, verfassungswidrig ist.

Hamann wendet sich ebenfalls entschieden gegen die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes [3]. Er beruft sich wie Arndt auf das demokratische Mißtrauen, das der Sinn des Strukturprinzips der Gewaltenteilung und Gewaltenhemmung sei. Aus den von Hamann hierzu angeführten Zitaten ergibt sich aber, daß das Mißtrauen nur der ungeteilten und unkontrollierten Macht des Staates gilt [4]. Um dieses Mißtrauen gegenüber der staatlichen Machtentfaltung zu beseitigen, wurde die ungeteilte und unkontrollierte Machtausübung durch die Gewaltenteilung und Gewaltenkontrolle ersetzt. Nachdem dem verständlichen Mißtrauen damit Rechnung getragen wurde, kann nicht aus der Tatsache der Gewaltenteilung und Gewaltenhemmung auf das Weiterbestehen eines Mißtrauens innerhalb des durch diese rechtsstaatlichen Elemente ausgezeichneten Staatswesens geschlossen werden. Es ist richtig, daß auch die Schöpfer des Grundgesetzes gegenüber dem Gesetzgeber nicht von einem unbegrenzten Vertrauen in seine Mäßigung und Weisheit erfüllt waren, weshalb sie ihn auf bestimmte unabänderbare Ver-

---

1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl., S. 61 2) siehe S. 14

3) NJW 1959, 1465f

4) In dem Zitat von Imboden (Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 7) ist überdies auch nur vom "Mißtrauen gegen die Macht und die Übermacht der vollziehenden Gewalt, der Regierung" die Rede.

fassungsgrundsätze verpflichteten und seine Akte der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterwarfen. Nachdem aber der Gesetzgeber in diese Schranken gewiesen wurde, ist für ein Mißtrauen gegenüber seinen Akten kein Raum mehr. Im Gegenteil! Die Beschränkungen und Vorschriften, die "das verfassungsrechtliche Gewissen des Gesetzgebers schärfen sollen" (Hamann), wie das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG und das Verbot der Verfassungsdurchbrechung in Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG sind geeignet, bis zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu vermuten [1]. Denn der durch diese Vorschriften gebundene und der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfene Gesetzgeber wird dadurch zu genügend großer Aufmerksamkeit gegenüber der Verfassungsmäßigkeit seiner Akte veranlaßt, schon um der unangenehmen Situation zu entgehen, daß viele seiner Gesetze für verfassungswidrig erklärt werden.

Hamann hält es weiterhin für falsch, auf den verwaltungsrechtlichen Grundsatz zurückzugreifen, wonach Verwaltungsakte die Vermutung der Gültigkeit für sich haben. Das Verwaltungsrecht kenne zwei "Fehlerkategorien": die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit, während das Staatsrecht nur eine Fehlerkategorie bzw. nur eine Rechtsfolge fehlerhafter Gesetze kenne, nämlich die Nichtigkeit. Eine Anfechtbarkeit im verwaltungsrechtlichen Sinne oder ein Analogon hierzu gäbe es im Verfassungsrecht nicht. Abgesehen davon, daß zwischen der Fehlerkategorie der Verfassungswidrigkeit und den daraus folgenden Rechtsfolgen - Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit - ein Unterschied besteht, wäre gerade hier eine eingehende Begründung wünschenswert gewesen, warum unser Staatsrecht nur die ursprüngliche Nichtigkeit kenne. Statt dessen verweist Hamann auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ohne zu sehen, daß sich aus verschiedenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gar nicht der sichere Schluß für die ursprüngliche Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze ziehen läßt. Insbesondere die Entscheidungen, in denen eine gesetzliche Regelung zwar für verfassungswidrig aber ausdrücklich nicht für nichtig erklärt wurde, hätten in diesem Zusammenhang eine kritische Würdigung verdient [2].

Nach Hamann soll es schließlich nicht angebracht sein, die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen auf die hoheitliche Stellung bzw. den Rang des Gesetzgebers zu stützen, denn das Grundgesetz kenne für den großen Bereich der Zustimmungsgesetze nicht einen Gesetzgeber, der von einem Organ repräsentiert werde, sondern zwei gleichberechtigte Gesetzgebungsorgane, nämlich Bundestag und Bundesrat. Wenn nun der Bundestag bei einem Zustimmungsgesetz die Ablehnung des Bundesrats als Einspruch behandle und überstimme, dann läge nicht eine

---

1) vgl. auch Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr. 63
2) BVerfGE 8, 1ff; 8, 28ff; 9, 338ff;

einheitliche Stellungnahme des "Gesetzgebers", sondern ein Widerspruch in den Äußerungen beider gesetzgebender Körperschaften vor. Bei der Gleichberechtigung der gesetzgebenden Befugnisse im Fall eines Zustimmungsgesetzes könne dann unmöglich aus der verfassungsrechtlichen Position eines dieser Faktoren, etwa des Bundestags, die Gültigkeitsvermutung abgeleitet werden.

Dagegen ist zu sagen, daß sich die Gültigkeitsvermutung, soweit sie sich auf den Rang des Gesetzgebers stützt, auf dessen Legitimation als gewählter Repräsentant des Volkes beruht [1]. Auf diese Legitimation kann sich nur der Bundestag berufen, während der Bundesrat die Vertretung der Länder darstellt, dessen Angehörige noch nicht einmal ein freies Mandat wie die Abgeordneten des Bundestags ausüben, sondern in ihrer Stimmabgabe an die Beschlüsse ihrer Kabinette gebunden sind. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundestag und Bundesrat über die Einstufung eines Gesetzes als Zustimmungs- oder Einspruchsgesetz kennt das Grundgesetz aber noch einen neutralen Schiedsrichter, nämlich den Bundespräsidenten. Hält er das Gesetz für ein Einspruchsgesetz, wird er es ausfertigen, hält er es für ein Zustimmungsgesetz, wird er es nicht unterzeichnen. Die Ausferigung selbst bleibt immer noch ein bedeutsamer Teil der Grundlage für die Gültigkeitsvermutung.

III. Die Bedeutung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidungen für den Wirkungsgrad fehlerhafter Gesetze

1. Die Gesetzeskraft und die Kundmachung der Entscheidungen

Es war schon darauf hingewiesen worden, daß die verfassungsgerichtliche Kontrolle den Rang des Gesetzes nicht beeinträchtigt. Das Verfahren der Normenkontrolle unterstreicht vielmehr die große Bedeutung des Gesetzes und liefert wesentliche Argumente gegen die von selbst eintretende Nichtigkeit.

Die Gesetzeskraft, die dem legislativen Akt auf Grund seines Ursprungs, seiner Ausfertigung und Verkündung innewohnt, findet ihr Gegenstück in der Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Normenkontrolle (§ 31 Abs. 2 BVerfGG). Der von besonderer Autorität getragene Akt des Gesetzgebers soll nur durch einen von ebenso großer Autorität getragenen Staatsakt beseitigt werden [2] [3].

---

1) siehe S. 20 2) siehe hierzu Windisch, aaO, S. 27ff

3) Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts materiell Rechtsprechung oder Gesetzgebung

Daß es sich hier nicht um eine ausgefallene Form der Beseitigung von Rechtsakten handelt, läßt sich an Hand von Beispielen aus der gesamten Rechtsordnung belegen, die zeigen, daß für die Vernichtung eines Rechtsaktes stets ein zumindest gleichwertiger Akt erforderlich ist [1]. So werden im Privatrecht einfache Willenserklärungen wieder durch Willenserklärungen angefochten. Rechtsgeschäfte, bei denen eine staatliche Behörde mitgewirkt hat, können nur durch die Mitwirkung des Staates beseitigt werden. Beispielsweise können die Wirkungen einer "nichtigen" Ehe erst durch Urteilsspruch zunichte gemacht werden. Bis zur Entscheidung des Gerichts kann sich niemand auf die Nichtigkeit der Ehe berufen (§ 23 EheG). Im Verwaltungsrecht können die vom Staat erlassenen Verwaltungsakte nur vom Staat wieder vernichtet werden, sei es durch Zurücknahme durch

---

sind. In der Weimarer Zeit wurde für die gleiche Frage nach dem Charakter der Entscheidungen auf Grund des Art. 13 Abs. 2 WRV und des dazu ergangenen Ausführungsgesetzes vom 8. April 1920 (RGBl. S. 510), das diese Entscheidungen dem Reichsgericht übertrug und sie mit Gesetzeskraft versah, eine ganze Reihe von Möglichkeiten angenommen. Man erblickte in ihnen einen Akt der Rechtsprechung, einen Akt der Gesetzgebung, einen Justiz- und Gesetzgebungsakt, einen gesetzgebenden Akt besonderer Art oder eine authentische Auslegung durch legislativen Justizakt (siehe die Nachweise bei Hensel, HdbDStR II, S. 329).

Die meisten Äußerungen zu der Rechtsnatur der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts weisen auf ihren rechtsprechenden Charakter hin. Siehe hierzu: Dreher, NJW 1951, 377; Friesenhahn, Festschr. f. Thoma, S. 62; ders. in Zeitschr. f. schweiz. Recht, N.F. 73 (1954), S. 156 (in Abkehr von seiner in der Weimarer Zeit vertretenen Ansicht in HdbDStR II, S. 526); Holtkotten, BK, Art. 93 Erl. II B 2; Ipsen, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1950, S. 815; Kadenbach, AöR 80, 385ff(403, 419); Lechner BVerfGG, Erl. III 1 zu § 31; ders. in NJW 1953, 443 (unklar); Schäfer, NJW 1954, 1467; Scheuner, DÖV 1954, 645 (im Gegensatz zu seiner Ansicht in DVBl. 1952, 617); Schneider, AöR 82, 14; Strauß, Die oberste Bundesgerichtsbarkeit, S. 31ff(36); Wintrich, Festschr. f. Nawiasky, S. 207; Wintrich-Lechner, GR III/2, S. 713.

Gesetzgebung nehmen dagegen an: Jahrreiß, Mensch und Staat, S. 190; Werner, Juristenjahrbuch, Bd. 1, S. 72; unklar Leibholz, JöR 6, 111ff(126).

Geiger, BVerfGG, Erl. 13 zu § 31 und NJW 1954, 1059, spricht von authentischer Interpretation, was der Gesetzgebung gleichkommt; siehe dazu Scheuner, aaO.

1) vgl. auch Windisch, aaO, S. 57ff

die erlassende Behörde, sei es durch das Urteil eines Verwaltungsgerichts, aber niemals durch eine einfache Anfechtungshandlung des Bürgers. Gerichtliche Urteile können nur durch gerichtliche Urteile wieder aufgehoben werden. Hier genügt schon nicht der Ausspruch einer staatlichen Behörde schlechthin. Denn das innerhalb des strengen justizförmigen Verfahrens gefundene Erkenntnis soll nur durch ein unter gleichen Voraussetzungen zustande gekommenes Urteil entkräftet werden. Es ergibt sich zwangsläufig, daß das von einem Verfassungsorgan geschaffene Gesetz nur durch den Akt eines gleichgestellten Verfassungsorgans (§ 1 BVerfGG !) wieder beseitigt werden kann (wenn der Gesetzgeber das Gesetz nicht schon selber aufhebt), und dieser Akt in seinen Wirkungen dem Gesetzgebungsakt entsprechen muß. Für die Beseitigung eines Gesetzes genügt nicht mehr der Urteilsspruch eines einfachen Gerichts und schon gar nicht mehr die dahingehende Entscheidung einer sonstigen Behörde. Das Verwerfungsmonopol haben nach Art. 100 GG nur die Verfassungsgerichte.

Daß für die Vernichtung eines Gesetzes eine besondere Gesetzesüberwindungskraft erforderlich ist, wird auch durch den Satz "lex posterior derogat legi priori bestätigt. Nur die Gesetzeskraft des neuen Gesetzes bewirkt die Aufhebung des alten Gesetzes. Das gleiche gilt auch für verfassungswidrige vorkonstitutionelle Gesetze, die ipso iure durch das Grundgesetz selbst vernichtet wurden und wo die Gerichte auch nicht verpflichtet sind, diese Gesetze dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Bei den vorkonstitutionellen Gesetzen kommt aber noch hinzu, daß sie der Feststellung ihrer Urheber ermangeln, mit dem Grundgesetz vereinbar zu sein. Die Gesetze des unter dem Grundgesetz tätig gewordenen Gesetzgebers enthalten aber diese Feststellung, eine Feststellung, die mit zu ihrer Gesetzeskraft beiträgt. Kann die Verfassungswidrigkeit vorkonstitutioneller Gesetze von jedermann geltend gemacht werden, so muß bei nachkonstitutionellen Gesetzen deren Gesetzeskraft erst durch die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts überwunden werden.

Gilt also auch für Gesetze die Regel, daß sie nur durch einen gleichwertigen Akt wieder aufgehoben werden können, so bedeutet das nichts anderes, als daß bis zum Erlaß des Aufhebungsaktes sich niemand auf die Nichtigkeit des fehlerhaften Gesetzes berufen kann. Diese Schlußfolgerung hat das Bundesverfassungsgericht schon früh in einer Entscheidung zum Ausdruck gebracht, indem es feststellte, daß bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sich niemand auf die Nichtigkeit des betreffenden Gesetzes berufen könne [1].

---

1) BVerfGE 3, 41(44)

2. Die Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Nicht nur die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts liefert Hinweise für die Rechtsfolge fehlerhafter Gesetze. Auch die Wirkung dieser Entscheidungen ist in diesem Zusammenhang aufschlußreich. Wirken die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Normenkontrolle deklaratorisch, dann ist das ein Beleg für die Ipso-iure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, wirken sie dagegen konstitutiv, dann können solche Gesetze nur vernichtbar sein. Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz gibt auf diese Frage keine klare Auskunft, da es in den §§ 78 bis 95 unterschiedslos von "feststellen der Nichtigkeit" und "nichtig erklären" spricht [1]. Man könnte allenfalls § 31 Abs. 2 als Anhaltspunkt für den konstitutiven Charakter der Entscheidungen ansehen, denn welche Bedeutung hätte die Gesetzeskraft einer Entscheidung, wenn das, was sie ausspricht, bereits vorher feststeht.

Hier liefert nun die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügend Aufschlüsse, wenn sie auch von Anfang an nicht eindeutig war. In einer seiner ersten Entscheidungen sprach das Bundesverfassungsgericht noch aus, daß sich aus der Feststellung der Nichtigkeit des Gesetzes ergäbe, daß es von Anfang an nichtig sei [2]. Auch in späteren Entscheidungen verwandte es gelegentlich noch den Ausdruck "Feststellung der Nichtigkeit" [3], gebrauchte daneben aber auch die Wendung "für nichtig erklären".

Im achten Band seiner Entscheidungen hob das Bundesverfassungsgericht zum ersten Mal klar den Unterschied zwischen Feststellung der Verfassungswidrigkeit und Erklärung der Nichtigkeit hervor. So formulierte es in einem Leitsatz: "Begünstigt der Gesetzgeber unter Verstoß gegen Art. 3 GG bestimmte Gruppen, so kann das Bundesverfassungsgericht entweder die begünstigende Vorschrift für nichtig erklären oder feststellen, daß die Nichtberücksichtigung einzelner Gruppen verfassungswidrig ist [4]. Hier wird der Unterschied zwischen der Fehlerkategorie der Verfassungswidrigkeit und der an sie geknüpften Fehlerfolge deutlich [5]. Das Bundesverfassungsgericht hat in den genannten Entscheidungen, wo es um die Verfassungsmäßigkeit von Besoldungsgesetzen ging, die Verfassungswidrigkeit bestimmter gesetzlicher Regelungen festgestellt, ohne diese Bestimmungen gleichzeitig für nichtig zu erklären, weil ihre Vernichtung einen bestimmten Zustand

---

1) siehe S. 13 2) BVerfGE 1, 14(37)
3) BVerfGE 2, 143(173); 6, 246(257); 7, 377ff
4) BVerfGE 8, 28 Leits. 3 (36f); ebenso 8, 1 (19f); 9, 338(342)
5) siehe S. 13ff

geschaffen hätte, der der gesetzgeberischen Freiheit vorausgegriffen hätte. Damit hat es zum Ausdruck gebracht, daß verfassungswidrige Gesetze nicht nur vorläufig gelten können, sondern in Einzelfällen sogar noch über die verfassungsgerichtliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit hinaus eine gewisse Zeit Geltung beanspruchen dürfen, bis sie der Gesetzgeber durch eine andere Regelung ersetzt hat. Auf jeden Fall kann die, wenn auch bedingte, Geltung eines fehlerhaften Gesetzes erst durch den Spruch des Verfassungsgerichts beseitigt werden.

Man muß also bei den Normenkontrollentscheidungen unterscheiden zwischen der Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes und seiner Vernichtung. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit ist deklaratorischer Natur, die Erklärung der Nichtigkeit wirkt konstitutiv. Daß die Nichtigkeit ex tunc wirkt, besagt dagegen gar nichts. Es ist nichts außergewöhnliches, wenn ein Rechtsakt rückwirkende Kraft besitzt. Außerdem liegt im Wort zurück"wirken" schon der Hinweis auf ein konstitutives Merkmal.

IV. Art. 31 GG

Die vorausgegangenen Ausführungen haben gezeigt, daß sich in das geltende Verfassungsrecht die Vernichtbarkeit als Rechtsfolge verfassungswidriger Gesetze besser einordnet als die Ipso-iure-Nichtigkeit. Dieses Ergebnis konnte erst aus der Zusammenschau verschiedener Bestimmungen des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes gewonnen werden. Für die Schöpfer dieser Normen stand die Frage nach dem Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze allerdings nicht im Vordergrund ihres Interesses, so daß es nicht verwunderlich ist, wenn einzelne Bestimmungen an anderer Stelle auch als Argument für die absolute Nichtigkeit herangezogen werden können [1].

Eine solche Norm ist Art. 31 GG. Der Satz "Bundesrecht bricht Landesrecht" bedeutet nach bisher übereinstimmender Ansicht "die endgültige Beseitigung bestehenden und endgültige Verhinderung der Wirksamkeit während der Geltung dieses Bundesrechts erlassenen Landesrechts" [2]. Danach sind Landesgesetze, die

---

1) § 79 BVerfGG, der Anlaß zu eingehenden Überlegungen in dieser Richtung gegeben hätte, wurde erst im Laufe der Ausschußberatungen eingefügt, wobei man sich bewußt war, noch nicht alle Probleme vollständig gelöst zu haben.

2) Maunz, in Maunz-Dürig, GG, Art. 31 Rndnr. 2; Dennewitz, BK, Art. 31 Erl. II 2d; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 31 Anm. IV 3; Hamann, GG, Art. 31, Anm. 2

eine vom Bundesrecht normierte Materie regeln, von Anfang an nichtig.

Der Art. 31 GG ist historisch zu erklären. Er hat seine Vorläufer in der alten Reichsverfassung von 1871, wo Art. 2 S. 1 vorschrieb: "Innerhalb dieses Bundesgebiets übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen" und in Art. 13 Abs. 1 WRV, der besagt: "Reichsrecht bricht Landrecht". Diese Sätze erfüllten seinerzeit, wo es noch keine ausgebildete Verfassungsgerichtsbarkeit gab, die Funktion einer Rechtsanwendungsregel. Für die rechtsanwendenden Organe galt neben den Sätzen "lex posterior derogat legi priori" oder "lex specialis derogat legi generali" auf Grund der genannten Normen auch der Satz "lex superior derogat legi inferiori". Auch in der Weimarer Zeit, wo es auf Grund des Art. 13 Abs. 2 WRV immerhin schon eine abstrakte Normenkontrolle zur Feststellung der Vereinbarkeit von Landesrecht mit Reichsrecht gab, konnten die Gerichte daneben noch inzidenter diese Frage prüfen.

Art. 31 GG stellt jedoch in der bisherigen Auslegung neben Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG eine Ungereimtheit dar. Für die Frage, ob Landesgesetze mit Bundesrecht vereinbar sind, gilt für die Gerichte die gleiche Beschränkung der Normenkontrollbefugnis wie für die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen: sie dürfen entgegenstehende Landesgesetze nicht von sich aus verwerfen. Die Nichtigkeit der gegen Bundesrecht verstoßenden Landesgesetze ist für die Gerichte also doch keine absolute in dem Sinn, daß für sie diese Gesetze von vornherein unbeachtlich sind. Der Satz "Bundesrecht bricht Landesrecht" hat gegenüber dem Satz "Reichsrecht bricht Landrecht" einen Inhaltswandel erfahren. Das Bundesverfassungsgericht hat bei einem dem Grundgesetz widersprechenden Landesgesetz daher auch erklärt, daß bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sich niemand auf dessen Nichtigkeit berufen könne [1] [2].

§ 3 Die Erhaltung des Vorrangs der Verfassung

Arndt [3] und Hamann [4] heben den höheren Rang der Verfassung hervor, der nach ihrer Ansicht die auch nur vorübergehende Geltung eines der Verfassung widersprechenden Gesetzes ausschließe. Diese Rangordnung wird jedoch nicht bestritten, auch wenn man verfassungswidrigen Gesetzen die Rechtsfolge der Vernichtbarkeit zuerkennt. Art. 20 Abs. 3 GG betont die Unterordnung des Gesetzgebers unter die

---

1) BVerfGE 3, 41(44)
2) Hoffmann, JZ 1961, 198 Anm. 63
3) BB 1959, 533
4) NJW 1959, 1465(1467)

verfassungsmäßige Ordnung und beantwortet damit gleichzeitig eine Frage, die in der Weimarer Zeit noch umstritten war, wo von verschiedenen Schriftstellern ein Rangunterschied zwischen Verfassungsgesetz und einfachem Gesetz geleugnet wurde [1]. Bezüglich der Grundrechte wird die Bindung des Gesetzgebers noch besonders durch Art. 1 Abs. 3 GG unterstrichen, der seine Entstehung ebenfalls den Erfahrungen der Weimarer Zeit verdankt, wo die Grundrechte nur als Programmsätze angesehen wurden und häufig in der Praxis nicht durchgesetzt werden konnten, weil der Gesetzgeber sich nicht an seine Verfassungsaufträge hielt.

Die in Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG beschlossene Rangfolge besagt für sich allein jedoch noch nichts für die Behandlung der Fälle, wo von einem der Gewaltenträger gegen diese Rangfolge verstoßen wurde. Aus diesen Bestimmungen läßt sich schon gar nicht der Satz ableiten, daß verfassungswidrige Gesetze ipso iure nichtig sind [2]. Sie weisen die staatlichen Organe nur an, im Rahmen der Verfassung zu handeln. Verstößt ein Organ gegen diese Gebot, dann bleibt immer noch die Frage, was mit dem betreffenden Akt geschehen soll.

Die Festlegung des Vorrangs der Verfassung und die Erhaltung dieses Vorrangs sind zwei verschiedene Dinge. Selbstverständlich dürfen die Verfassungsnormen nicht durch widersprechende Gesetze zurückgedrängt werden. Die Verfassung kann aber verschiedene Wege vorsehen, um dies zu verhindern. Sie kann ausdrücklich bestimmen, daß verfassungswidrige Gesetze ipso iure nichtig sind. Dieser Satz ist jedoch im Grundgesetz nirgendwo enthalten. Aber auch ohne ausdrückliche Niederlegung in der Verfassung müßte zu diesem Satz Zuflucht genommen werden, wenn es keine andere Möglichkeit gäbe, die Verbindlichkeit der Verfassung gegenüber der Verbindlichkeit des einfachen Gesetzes durchzusetzen. Diesen Weg mußten die Anhänger des richterlichen Prüfungsrechts in der Weimarer Zeit beschreiten, weil es kein Verfahren und keine Instanz gab, das zur Vernichtung verfassungswidriger Gesetze geführt hätte. Der Richter, der dem Gesetz unterworfen war (Art. 102 WRV), konnte ein Gesetz nur dann außer Anwendung lassen, wenn auf Grund von dessen Verfassungswidrigkeit seine Nichtigkeit feststand, es also von vornherein unbeachtlich war [3].

---

1) z.B. Anschütz, WRV, 14. Aufl., Erl. 4 zu Art. 70

2) Götz, NJW 1960, 1177

3) Windisch, aaO, S. 53: "Immer ist die Verteidigung der Nichtigkeit ipso iure Ausdruck der Abwehr einer Staatsordnung, in der es keinen formell geregelten Weg gegen Verfassungsverstöße gibt. Der Satz 'verfassungswidrige Normen sind ipso iure nichtig' gleicht dem Bemühen, materielle Gerechtigkeit auch ohne die formellen Voraussetzungen jeder Rechtsordnung zu erreichen.

Das Grundgesetz hat aber einen anderen Weg beschritten, indem es die Gesetze der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterwarf. Die Urheber des Grundgesetzes, die den Vorrang der Verfassung festlegten, sahen die Aufgabe, gleichzeitig für den Schutz dieses Vorrangs Sorge zu tragen. Die Schutzvorkehrungen, die das Bundesverfassungsgericht zum "Hüter der Verfassung" machen, sind die besondere Ausgestaltung dieses verfassungspolitischen Anliegens. Damit ist aber auch das Verlangen nach Erhaltung des Vorrangs der Verfassung im Grundgesetz genügend berücksichtigt. Man kann neben der in der Verfassung vorgesehenen Normenkontrolle nicht auch noch die Ipso-iure-Nichtigkeit verwenden, schon gar nicht, wenn sie sich mit der im Grundgesetz geschaffenen Form der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nicht vereinbaren läßt.

Mit der Ablehnung der Ipso-iure-Nichtigkeit der verfassungswidrigen Gesetze trotz des Vorrangs der Verfassung ist nicht die für diesen Fall von Arndt unterstellte Behauptung gewagt, die gesetzgebenden Organe könnten durch ein fehlerhaftes Gesetz einstweilen die Verfassung außer Kraft setzen [1]. Art. 20 Abs. 3 GG enthält neben dem Gebot der Verfassungsmäßigkeit aller Staatsakte auch das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Für Verwaltungsakte, die trotzdem nicht gesetzmäßig und deshalb fehlerhaft sind, gilt der Grundsatz, daß sie in der Regel nicht nichtig, sondern nur vernichtbar sind. Noch niemand ist deshalb auf die Idee gekommen, zu sagen, die Verwaltung erhalte durch den vorübergehenden Schutz ihrer Akte die Möglichkeit, die Gesetze einstweilen außer Kraft zu setzen. Das gilt selbst für Verwaltungsakte, wo die Verwaltung bei einer Ermessensentscheidung den Gleichheitssatz verletzt, also verfassungswidrig gehandelt hat. In diesem Fall hat auch noch keiner behauptet, daß dadurch die Verwaltung die Verfassung einstweilen außer Kraft setzen könne.

§ 4 Die Rechtssicherheit

Gegen die absolute Nichtigkeit spricht auch der Grundsatz der Rechtssicherheit. Arndt weist darauf hin, daß hinter den Erwägungen des Bundesfinanzhofes in seiner Entscheidung vom 12.12.1958 [2] unausgesprochen die Sorge um die Rechtssicherheit stehe. Er hält dem aber entgegen, daß die Rechtssicherheit durch nichts so sehr geschmälert werden könne, wie dadurch, daß die Unverbrüchlichkeit der Verfassung angetastet werde und verfassungsrechtliche Einwendungen als minder beachtlich abgetan werden [3].

---

1) BB 1959, 534
2) BStBl 1959 III, S. 140
3) BB 1959, 534

Arndt übersieht, daß auch das Gebot der Rechtssicherheit Verfassungsrang besitzt. Der Grundsatz der Rechtssicherheit ist eine der im Grundgesetz getroffenen Grundentscheidungen, die echte Gerechtigkeitspostulate verwirklichen sollen [1]. Die Rechtssicherheit ist ein Teil der Rechtsidee, zu der außerdem Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit gehören [2]. Alle drei Werte können zueinander in Widerspruch treten und sind doch Teil einer einheitlichen Idee. Sie können sich daher nur sinnvoll auswirken, wenn sie zueinander in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Der Gesetzgeber sieht sich häufig dem Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und materialer Gerechtigkeit ausgesetzt. Er kann diesen Widerstreit bald nach der Seite der Rechtssicherheit, bald nach der Seite der materialen Gerechtigkeit hin entscheiden [3]. Was für den einfachen Gesetzgeber gilt, trifft auch für den Verfassungsgesetzgeber zu. Er kann frei bestimmen, ob einem verfassungswidrigen Gesetz im Interesse der Rechtssicherheit vorläufige Geltung zukommen soll, oder ob es im Interesse der Gerechtigkeit, da es die in der Verfassung niedergelegten materialen Gerechtigkeitswerte zurückdrängt, von vornherein nichtig sein soll.

Für den Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit mag es mehrere Möglichkeiten geben, aber nur für eine konnte sich der Verfassungsgesetzgeber entscheiden. Allerdings müssen bei dem Ausgleich und der Rangfolge der verschiedenen Verfassungsgrundsätze alle für die Erhaltung des Rechtsstaats erforderlichen Elemente in angemessener Weise Berücksichtigung finden. Bekennt sich die Verfassung nur zu dem Grundsatz der Rechtssicherheit und eröffnet sie keine Wege, Verstöße gegen materiale Gerechtigkeitswerte auszuschalten, würden vielmehr diese Verstöße durch das Prinzip der Rechtssicherheit noch sanktioniert werden, dann muß die Erhaltung der Rechtssicherheit zurücktreten. Es müssen Auswege für die Erhaltung der materialen Gerechtigkeitswerte gesucht werden, sei es über das Widerstandsrecht, sei es durch die Anerkennung der Ipso-iure-Nichtigkeit. So lange es aber noch Möglichkeiten für die Erhaltung der materialen Gerechtigkeitswerte auf Grund der Verfassung gibt, sind diese Auswege verschlossen, darf der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht verletzt werden.

---

1) BVerfGE 3, 225(237); siehe auch BVerfGE 2, 380(403); 3,4(11); 5, 25(31); 7, 89(92f); 7, 194(196); 8, 155(172);
2) Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., S.168ff
3) BVerfGE 3, 237

Das Grundgesetz hat den Schutz der Gerechtigkeitswerte neben dem Grundsatz der Rechtssicherheit angemessen berücksichtigt. Dieser Ausgleich muß respektiert werden. Da die Rechtssicherheit ein Element der Verfassung ist, bedeutet ihre Verletzung ebenso eine Verletzung der Verfassung wie der Verstoß gegen Verfassungsnormen durch einfache Gesetze. Abgesehen davon, daß man eine Verfassungsverletzung nicht mit einer anderen Verfassungsverletzung beantworten kann, bedeutet die Verletzung des Gebots der Rechtssicherheit einen größeren Schaden für die Unberbrüchlichkeit der Verfassung als der Verstoß durch ein einfaches Gesetz [1]. Denn der Verfassungsverstoß eines einzelnen Gesetzes ist in seinen Auswirkungen begrenzt und läßt sich außerdem durch die verfassungsgerichtliche Entscheidung wieder aus der Welt schaffen. Ist aber das Vertrauen in die Rechtssicherheit erschüttert, dann ist die gesamte Rechtsordnung in Gefahr.

Für die Geltung der im normalen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommenen Gesetze läßt sich aus Art. 100 GG entnehmen, daß eines der Hauptbedenken der Weimarer Zeit gegen das richterliche Prüfungsrecht, nämlich die Gefährdung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit durch widersprechende Entscheidungen der Gerichte, dort Berücksichtigung gefunden hat. Die Rechtssicherheit soll nicht dadurch gefährdet werden, daß ein möglicherweise verfassungswidriges Gesetz von dem einen Gericht beachtet, von dem anderen aber verworfen wird. "Daß das Recht sicher sei, daß es nicht heute und hier so, morgen und dort anders ausgelegt und angewandt werde, ist zugleich eine Forderung der Gerechtigkeit [2]. Im Interesse der Rechtssicherheit soll daher nicht jeder Verwaltungsbeamte oder Richter über die Gültigkeit von Gesetzen entscheiden, sondern soll diese Prüfung einer obersten Gerichtsinstanz obliegen [3]. Die Rechtssicherheit beruht darauf, "daß die ordnungsmäßig erlassenen Gesetze entsprechend dem Willen des Gesetzgebers auch durchgeführt werden. Der Bürger vertraut darauf, daß der in den Gesetzen ausgedrückte Wille des Staates auch Gesetz geworden ist. Ein Abweichen vom Gesetzesbefehl setzt gewichtige Gesichtspunkte voraus, soll die Rechtssicherheit nicht gefährdet werden [4]." Der Bürger muß die Gewähr haben, daß das, was in den amtlichen Blättern kundgemacht worden ist, auch wirklich gilt [5]. Deshalb werden auch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen im Gesetzblatt veröffentlicht. Jede Rechtsordnung muß Vertrauen schaffen. Der Bürger vertraut der Rechtsordnung nur, wenn das, was im Gesetzblatt steht, für die Verwaltung ebenso verbindlich ist, wie für

---

1) Götz, NJW 1960, 1181 2) Radbruch, aaO, S. 353
3) Scholz, Die Rechtssicherheit, S. 12
4) BFH BStBl 1953 III, S. 250(251) 5) Scholz, aaO, S. 11f

ihn. Die in Art. 100 GG berücksichtigte Verfassungsentscheidung für die Rechtssicherheit gebietet die Anerkennung sämtlicher Gesetze, so lange sie nicht in einem förmlichen Verfahren durch das Verfassungsgericht beseitigt worden sind.

3. Kapitel: DIE MÖGLICHKEITEN DER EXEKUTIVE GEGENÜBER VERFASSUNGSWIDRIGEN GESETZEN

§ 1 Die Gewaltenteilung

I. Die Mißdeutungen dieses Grundsatzes

Da verfassungswidrige Gesetze nicht ipso iure nichtig sind, kann sich die Exekutive der Befolgung dieser Gesetze nicht mit der Begründung entziehen, daß diese Gesetze ohnehin unbeachtlich seien. Will die Exekutive die Ausführung eines verfassungswidrigen Gesetzes vermeiden, dann muß sie etwas unternehmen. Es entsteht damit die Frage, welche Befugnisse ihr hierfür zur Verfügung stehen, ob diese Befugnisse in der Verfassung oder in anderen gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich vorgesehen sind oder ob sie sich aus bestimmten Verfassungsgrundsätzen herleiten lassen. Da die Exekutive sich gewissermaßen gegen den Akt einer anderen Staatsgewalt auflehnt, ist zuerst die Machtverteilung zwischen Exekutive und Legislative unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen.

Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist ein wichtiger Bestandteil aller modernen Verfassungen rechtsstaatlichen Charakters. Auch das Grundgesetz enthält ihn als unabänderbaren Verfassungsgrundsatz. Normiert ist er in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, wonach die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung ausgeübt wird. Die vielen weiteren im Grundgesetz verstreuten Hinweise haben neben dieser Vorschrift nur noch deklaratorischen Charakter [1].

In vielen staatsrechtlichen Diskussionen, in denen das Verhältnis einer Gewalt zu einer anderen behandelt wird, ist es eine beliebte Übung, mit der Wendung zu argumentieren: "Aus dem Prinzip der Gewaltenteilung folgt - ..." Darauf folgen zum gleichen Gegenstand die verschiedensten Ergebnisse, die sich vielfach widersprechen oder ausschließen. Auch bei der Diskussion über die Frage, ob der Exekutive gegenüber Gesetzen ein Prüfungsrecht zustehe, wird dieses Prüfungsrecht auf Grund der Gewaltenteilung einmal bejaht [2], ein anderes Mal verneint [3]. Kein staatsrechtlicher Grundsatz ist so sehr in Gefahr, als Schlagwort gebraucht und mißbraucht zu werden. Hinter dem Begriff Gewaltenteilungsprinzip verbergen sich so viele Möglichkeiten, daß die Gefahr falscher Schlußfolgerungen besonders groß ist. Einmal denkt man an die politische Forderung der Beschränkung staatlicher Macht durch Teilung und Hemmung der

---

1) Maunz-Dürig, GG Art. 20 Rndnr. 75

2) Arndt, BB 1959, 533; Hamann, NJW 1959, 1466f

3) Rönitz, NJW 1960, 227

staatlichen Gewalten, ein anderes Mal an ein bestimmtes System der Verteilung staatlicher Aufgaben, ein drittes Mal an die strikte Trennung der Ausübung der Funktionen der Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung. Die Redensart: "Aus dem Prinzip der Gewaltenteilung" besagt für sich allein gar nichts. Der Gebrauch einer solchen Äußerung würde ein allgemein gültiges Muster der Gewaltenteilung voraussetzen, das aber nirgendwo zu finden ist, weder im 6. Kapitel des 11. Buches von Montesquieus "Vom Geist der Gesetze", noch in der Verfassung der Vereinigten Staaten, die gemeinhin als Muster einer Verfassung mit Gewaltenteilung gilt.

Das Gewaltenteilungsprinzip ist eine Forderung und kein Patentrezept. Diese Forderung kann auf verschiedene Weise verwirklicht werden, und es gibt auch zahllose Variationen von Gewaltenteilungssystemen. Inhalt, Umfang und Struktur der Gewaltenteilung müssen stets aus der jeweils geltenden Verfassung ermittelt werden [1]. Wenn wir aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz für unsere Frage eine Antwort finden wollen, dann müssen wir zuerst nach dem Inhalt dieses Grundsatzes auf Grund seiner Verwirklichung im Grundgesetz fragen.

II. Die Gewaltenteilung im Grundgesetz

Das Grundgesetz benützt das historische Dreiteilungsschema und verteilt die Tätigkeiten der Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung auf drei verschiedene Organgruppen. Es führt keine Gewaltentrennung durch im Sinn einer strikten Scheidung der Organbereiche in sachlicher und persönlicher Hinsicht. Es verknüpft vielmehr die drei Organbereiche zu einem ausgewogenen System von Gewaltenhemmungen und Kontrollen. Nur im Bereich der Rechtsprechung ist Gewaltentrennung durchgeführt, allerdings nur einseitig in der Weise, daß nach Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt ausschließlich den Richtern übertragen ist, die Richter aber daneben auch Aufgaben der Vollziehung wahrnehmen können. Mit seinen vielen Überschneidungen in der Ausübung der staatlichen Funktionen verfolgt das Grundgesetz mit seinem Gewaltenteilungssystem das verfassungspolitische Ziel der Beschränkung staatlicher Macht durch Teilung und gegenseitige Hemmung [2]. Die Betonung liegt weniger auf der Gewaltenteilung als auf der Gewaltenhemmung. Das darf aber nicht so verstanden werden, daß jede nur denkbare Hemmung oder Kontrolle einer Gewalt durch eine andere damit gerechtfertigt sei. Die Verfassung, die auch ein Organisationsstatut für die obersten Staatsorgane darstellt, muß die Hemmungen und Kontrollen ausdrücklich festlegen. Kontrollen, die nicht in der Verfassung

---

1) Michel, NJW 1960, 843 2) Maunz-Dürig, GG Rndnr. 78 zu Art. 20

enthalten sind, dürfen nicht ausgeübt werden. Im anderen Fall wäre eine Lähmung der Staatstätigkeiten die Folge, oder es entstünde die Gefahr, daß ein Gewaltenträger ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht bekommt, weil die ihm zugewiesenen Tätigkeiten sich leicht zu Hemmungsmöglichkeiten verwenden lassen. Daraus könnte in erster Linie die Exekutive großen Nutzen ziehen, da sie immer noch den umfassendsten Tätigkeitsbereich wahrnimmt.

Jede Verfassung verleiht seinem Gewaltenteilungssystem durch die besondere Verteilung der staatlichen Aufgaben und durch die Einführung bestimmter Kontrollen oder auch durch die Weglassung gewisser Hemmungen einen eigenen Charakter, der nicht immer durch einen sorgsam gewahrten Balancezustand der Gewalten gekennzeichnet sein muß. Das Gewaltenteilungssystem des Grundgesetzes ist beispielsweise durch die überragende Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG zu einer vornehmlich durch die Rechtsprechung ausgeübten Gewaltenkontrolle entwickelt worden [1]. Kontrollen oder Hemmungen, die im Grundgesetz nicht vorgesehen sind, trotzdem aber ausgeübt werden, verfälschen das im Grundgesetz vorgesehene besondere Gewaltenteilungssystem.

Bei der Frage, ob die Exekutive einem verfassungswidrigen Gesetz die Anerkennung versagen dürfe, handelt es sich um die Frage der Hemmung fehlerhafter Akte der Legislative durch die Exekutive. Ob eine solche Hemmung nach dem Grundgesetz möglich ist, läßt sich beantworten, wenn das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative und die daraus sich ergebenden Einwirkungsmöglichkeiten der Exekutive auf die Akte der Legislative betrachtet worden sind.

III. Der Einfluß der Exekutive auf die Gesetzgebung

Die Bundesregierung übt einen großen Einfluß auf die Gestaltung des Gesetzgebungsprogramm aus. Sie besitzt nach Art. 76 Abs. 1 GG neben Bundestag und Bundesrat das Recht, Gesetzesvorlagen im Bundestag einzubringen. Praktisch werden die meisten Gesetzentwürfe von der Bundesregierung ausgearbeitet, denn nur sie allein besitzt in der Ministerialbürokratie den erforderlichen Apparat an fachkundigen Beamten, der eine sachgerechte Ausarbeitung der Gesetzesvorlage gewährleistet [2]. Aber auch bei den Vorlagen der anderen Initiativberechtig-

---

1) Dürig, in Maunz-Dürig, GG. Art. 19 Abs. 4 Rndnr. 6

2) Nach einer bei Loewenstein, Verfassungslehre, S. 206, wiedergegebenen Aufstellung verteilen sich die in den beiden ersten Legislaturperioden beschlossenen Gesetze auf die Initiativberechtigten wie folgt:

ten kann die Bundesregierung ihren Einfluß geltend machen. Die Entwürfe des Bundesrats werden über die Bundesregierung dem Bundestag zugeleitet. Die Bundesregierung ist verpflichtet, ihre Stellungnahme zu den Entwürfen des Bundesrats abzugeben (Art. 76 Abs. 3 GG). Die Bundesregierung ist ferner an den Beratungen des Bundestages beteiligt, denn ihre Mitglieder haben zu allen Sitzungen des Bundestages und seiner Ausschüsse Zutritt und müssen jederzeit gehört werden (Art. 43 Abs. 2 GG). Das gleiche gilt für die Beratungen des Bundesrats (Art. 53 GG).

Gegen Beschlüsse des Bundestags und Bundesrats hat die Bundesregierung grundsätzlich kein Vetorecht, es sei denn, diese Beschlüsse erhöhen die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Ausgaben des Haushaltplans oder schließen neue Ausgaben in sich oder bringen neue Ausgaben für die Zukunft mit sich (Art. 113 GG).

Sind die Gesetzesvorlagen vom Bundestag und Bundesrat beschlossen, dann müssen sie dem Bundespräsidenten zur Ausfertigung vorgelegt werden. Da nach Art. 82 GG nur die "nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze" ausgefertigt werden dürfen, besitzen der Bundespräsident und der gegenzeichnende Bundesminister das Recht und die Pflicht, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen [1]. Die Bejahung des Prüfungsrechts des gegenzeichnenden Ministers hat die Frage entstehen lassen, wie sich dessen Prüfungsrecht zum Prüfungsrecht des Bundespräsidenten verhält. Maunz hält es für unerträglich, wenn ein Bundesminister verhindern könnte, daß ein Gesetz, das vom Bundestag und Bundesrat beschlossen worden ist und das auch vom Bundespräsidenten für verfassungsmäßig gehalten wird, nicht verkündet wird [2]. Dieser Fall kann praktisch jedoch nicht eintreten. Nach § 29 der Geschäftsordnung für die Bundesregierung sind Gesetze erst nach Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler und den zuständigen Bundesminister dem Bundespräsidenten zur Unterschrift vorzulegen. Ein Gesetz kann erst dann vom Bundespräsidenten geprüft werden, wenn Bundeskanzler und zuständiger Bundesminister die Verfassungsmäßigkeit geprüft und bejaht haben.

	1949 - 1953	1953 - 1957
Bundesregierung	477	445
Bundestag	301	413
Bundesrat	22	17

1) Maunz, in Maunz-Dürig, GG, Art. 82 Rndnr. 1 und 2
2) in Maunz-Dürig, GG, Art. 82 Rndnr. 3

Ist das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen, dann sind die Einflußmöglichkeiten der Exekutive erschöpft. Aus dem Gewaltenteilungsprinzip lassen sich daher keine Befugnisse der Exekutive herleiten, die sie ermächtigen, etwas gegen in Kraft getretene verfassungswidrige Gesetze zu unternehmen.

§ 2 § 76 Ziff. 2 BVerfGG

Manche Befürworter eines Prüfungsrechts der Exekutive führen als gesetzlichen Beleg für ihre Ansicht § 76 Ziff. 2 BVerfGG an. Diese Vorschrift, die das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG regelt, bestimmt, daß die Antragsberechtigten das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Bundes- oder Landesrecht anrufen können wenn sie dieses Recht für gültig halten, "nachdem ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes das Recht als unvereinbar mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewendet hat". Michel [1] nimmt denn auch diese Vorschrift zum Anlaß, um gleich von einer Normenkontrolle (!) der Exekutive zu sprechen. Auch Dürig wertet diese Gesetzesnorm als Argument für das Bestehen von Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der Verwaltung [2].

Nach Michel wäre § 76 Ziff. 2 BVerfGG überflüssig, wenn die Verwaltung kein Recht zur Normenkontrolle hätte. Dann könnte nämlich die Regierung die "gesetzesungehorsame Instanz" im Wege des allgemeinen Aufsichts- und Weisungsrechts verpflichten, das fragliche Gesetz anzuwenden. Aus der Gleichstellung der Verwaltungsbehörden mit den Gerichten in § 76 Ziff. 2 BVerfGG müsse der Schluß gezogen werden, daß nicht nur der rechtsprechenden, sondern auch der vollziehenden Gewalt das Normenkontrollrecht zustehe.

Aus der Gleichstellung von Gerichten und Verwaltungsbehörden in § 76 Ziff. 2 BVerfGG läßt sich aber gerade der gegenteilige Schluß ziehen. Art. 100 GG verbietet den Gerichten die Nichtanwendung verfassungwidriger Gesetze, bevor sie nicht eine diesbezügliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eingeholt haben. Art. 100 GG gilt aber nicht für Gesetze, die bereits vor Erlaß des Grundgesetzes in Kraft getreten waren. Bei diesen vorkonstitutionellen Gesetzen können die Gerichte die Verfassungswidrigkeit von sich aus feststellen und diese Gesetze unbeachtet lassen [3]. § 76 Ziff. 2 BVerfGG

---

1) NJW 1960, 841 2) in Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr. 66
3) BVerfGE 1, 185ff; 1, 197f; 2, 124; 2, 128ff; 10, 124ff; 10, 127f

gibt nun die Möglichkeit, vorkonstitutionelle Gesetze, wenn sie einmal von einem Gericht wegen Verfassungswidrigkeit nicht angewendet worden sind, auch dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorzulegen, um im Interesse der Rechtsklarheit eine allgemein gültige Entscheidung herbeizuführen. Gäbe es diese Fälle nicht, dann wäre § 76 Ziff. 2 BVerfGG, soweit er die Gerichte betrifft, überflüssig, wenn nicht gar verfassungswidrig [1]. Diese Vorschrift geht ausschließlich davon aus, daß die Gerichte vorkonstitutionelles Recht nicht angewandt haben. Da in dieser Vorschrift zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden kein Unterschied gemacht wird, kann es sich bei den von den Verwaltungsbehörden nicht angewandten Gesetzen auch nur um vorkonstitutionelles Recht handeln.

§ 76 Ziff. 2 BVerfGG als Argument für das Recht der Exekutive zur Normenkontrolle anzuführen, ist auch insofern verfehlt, als es sich hier gar nicht um die Normenkontrolle im eigentlichen Sinne handelt. Verfassungswidrige vorkonstitutionelle Gesetze sind auf Grund des Satzes "lex posterior derogat legi priori" durch den Erlaß des Grundgesetzes außer Kraft getreten. Wenn die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden auf Grund dieses Satzes die Feststellung treffen, daß ein Gesetz nicht mehr gilt, so handeln sie genau so im Rahmen rechtsanwendender Tätigkeit, wie wenn sie die Feststellung treffen, daß eine allgemeine Vorschrift durch eine Spezialregelung verdrängt wird.

Die Normenkontrolle enthält dagegen besondere Elemente, die sie von der normalen Rechtsanwendung unterscheidet. Es gehört zu ihr neben der Prüfungstätigkeit auch die Kompetenz, verfassungswidrige Gesetze zu verwerfen. Die Vernichtung eines Gesetzes hat auch die Feststellung zum Inhalt, daß der unter dem Grundgesetz tätig gewordene Gesetzgeber das Grundgesetz verletzt habe. Den Gerichten ist durch Art. 100 GG das Prüfungsrecht zugestanden, aber die Verwerfungskompetens versagt worden (unselbständige Normenkontrolle). § 76 Ziff. 2 BVerfGG liefert nun keinen Anhaltspunkt, daß die Verwaltungsbehörden im Gegensatz zu den Gerichten zu der Feststellung befähigt sein sollten, der Gesetzgeber habe das Grundgesetz verletzt, eine Feststellung, zu der sie kommen würden, wenn sie nachkonstitutionelles Recht nicht anwenden, die sie aber nicht treffen, wenn sie lediglich auf Grund des Satzes "lex posterior derogat legi priori" vorkonstitutionelle Gesetze nicht anwenden [2].

---

1) Götz, NJW 1960, 1180 2) Hoffmann, JZ 1961, 200

Michel will sich jedoch an dem weitergehenden Normenkontrollrecht der Verwaltungsbehörden nicht stoßen [1]. Er hält es nur für scheinbar weitergehend. Die Einschränkung des Normenkontrollrechts der Gerichte durch Art. 100 GG bewirke eine Verlagerung und Konzentration der Normenkontrolle innerhalb der rechtsprechenden Gewalt zugunsten der Verfassungsgerichte. Das dem Art. 100 GG entsprechende Regulativ für die Normenkontrolle der vollziehenden Gewalt sei gerade in § 76 Ziff. 2 BVerfGG zu finden. Wenn aber nach Michel § 76 Ziff. 2 BVerfGG eine Einschränkung des Normenkontrollrechts der Verwaltungsbehörden bringen soll, dann muß diese Einschränkung im gleichen Maße für die neben den Verwaltungsbehörden genannten Gerichte gelten. Die Gerichte wären dann einer doppelten Einschränkung unterworfen, der des Art. 100 GG und der des § 76 Ziff. 2 BVerfGG, während die Verwaltungsbehörden nur der des § 76 Ziff. 2 BVerfGG unterworfen wären. Hier wird offenbar, wie wenig Zweck es hat, aus § 76 Ziff. 2 BVerfGG mehr herauszulesen, als er in Wirklichkeit besagen will. Diese Vorschrift regelt nur die verfassungsgerichtliche Prüfung nicht angewandter vorkonstitutioneller Gesetze, ganz gleich, ob sie von den Gerichten oder von den Verwaltungsbehörden nicht angewandt wurden, und nicht mehr.

§ 3 Die Bindung der Gewalten an die verfassungsmäßige Ordnung

Art. 20 Abs. 3 GG bindet die drei Gewalten an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung darüber hinaus an Gesetz und Recht. Hamann will deshalb schon aus dieser Norm die Pflicht der rechtsanwendenden Gewalten herleiten, jedes Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit hin nachzuprüfen und jedem verfassungswidrigen Gesetz die Anerkennung zu versagen [2]. Die einzige Vorschrift des Grundgesetzes, die ausdrücklich von der Kontrolle der Gesetze durch rechtsanwendende Organe spricht, nämlich Art. 100 GG, und die wegen ihrer eingehenden Regelung des Prüfungsrechts der Gerichte den Umkehrschluß gegen die Normenkontrolle der Exekutive erlauben würde, sieht Hamann nur als Verfahrensregelung an. Da die Rechtsprechung "keinen Schritt tun darf, ohne vorher der Verfassung gehuldigt zu haben", würde sich aus Art. 20 Abs. 3 GG auch ohne die ausdrückliche Bestimmung des Art. 100 GG die Pflicht jedes Richters ergeben, die Verfassungsmäßigkeit der von ihm anzuwendenden Gesetze zu prüfen. Was sich schon für die Rechtsprechung aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebe, müsse auch für die dort im gleichen Zug genannte vollziehende Gewalt gelten. Nach Hamann spielt es keine Rolle, daß das Grundgesetz für das Prüfungs-

---

1) NJW 1960, 843 2) NJW 1959, 1468f

recht der Exekutive keine dem Art. 100 GG entsprechende Verfahrensregelung aufgestellt habe.

Der Ansicht Hamanns kann nicht zugestimmt werden. Art. 20 Abs. 3 GG bindet zwar die drei Gewalten der Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung an die verfassungsmäßige Ordnung. Damit betont das Grundgesetz aber lediglich für die Tätigkeit der drei Gewalten innerhalb der ihnen von der Verfassung zugewiesenen Funktionsbereiche das Gebot verfassungsmäßigen Handelns. So soll beispielsweise die Exekutive bei der Ausübung ihres Ermessens rechtsstaatliche Grundsätze beachten. Art. 20 Abs. 3 GG konstituiert aber nicht noch ein subsidiäres Kontrollinstitut der Exekutive über die Legislative. Dafür sagt Art. 20 Abs. 2 GG zu wenig aus. Diese Vorschrift ist eine Verhaltensnorm, keine Handlungsnorm, die zur Kontrolle einer Gewalt über eine andere berechtigen könnte.

Es läßt sich auch nicht mit der Entstehungsgeschichte des Art. 100 GG vereinbaren, diese Vorschrift nur als Verfahrensregelung zu betrachten. Mit ihrer Schaffung sollte ausdrücklich der Streit um das richterliche Prüfungsrecht entschieden werden. Art. 100 GG stellt eine Norm dar, die sowohl das richterliche Prüfungsrecht konstituiert als auch gleichzeitig sein Verfahren auf eine besondere Art regelt [1]. Nur aus dieser Bestimmung und nicht aus Art. 20 Abs. 3 GG, der ganz andere Ziele verfolgt, ergibt sich das Normenkontrollrecht der rechtsprechenden Gewalt [2].

§ 4 Das Remonstrationsrecht des Beamten

Verschiedene Autoren verweisen für das Prüfungsrecht des Beamten auf § 56 BBG (bzw. den ähnlich gefaßten § 38 BRRG). Allerdings werden auch hier gegenteilige Schlußfolgerungen gezogen. Hamann [3], der das Prüfungsrecht des Beamten aus Art. 20 Abs. 3 GG herleitet, dabei aber das Eingeständnis machen muß, daß das Grundgesetz eine dem Art. 100 GG entsprechende Verfahrensnorm nicht enthält, meint, daß die Regelung des Verfahrens dem einfachen Gesetzgeber überlassen sei und diese Regelung in § 56 BBG getroffen worden sei. Hiernach sei dem Beamten die volle persönliche Haftung für die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen auferlegt, wozu selbstverständlich auch die Verfassungsmäßigkeit gehöre. Andererseits sei er aber von dieser Verantwortung enthoben, wenn ihm die Anwendung zweifelhafter

1) Ipsen, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1950, S. 793; Holtkotten, BK, Erl. II A 1 zu Art. 100

2) Rönitz, NJW 1960, 227

3) NJW 1959, 1467

Vorschriften ausdrücklich befohlen werde.

Ebenso schließt Dürig [1] aus dem Wörtchen "hat" in § 56 BBG nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht des Beamten, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Aus der Tatsache, daß der Beamte grundsätzlich schon von seiner eigenen Verantwortung befreit wird, wenn seine Vorgesetzten die ihm gegebene Anordnung aufrecht erhalten, folgert dagegen Rönitz, daß er erst recht von seiner Verantwortung befreit sei, wenn er eine Anordnung gemäß ordnungsmäßig erlassener und verkündeter Gesetze durchführe [2]. "Anderenfalls würde man die Willensäußerung der Vorgesetzten über den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers stellen." Michel [3] lehnt ein Zurückgreifen auf § 56 BBG überhaupt ab, da er es nicht zulassen will, daß der Beamte auf Grund des Weisungsrechts verpflichtet wird, ein verfassungswidriges Gesetz anzuwenden [4].

Es ergibt sich zunächst einmal die Frage, ob § 56 BBG für das Problem des Prüfungs- und Aussetzungsrechts der Verwaltung überhaupt Anwendung finden kann. In § 56 BBG ist von den dienstlichen Handlungen des Beamten die Rede. Dabei kann er auf Grund der folgenden drei Möglichkeiten zum Handeln veranlaßt werden:

1. Der Beamte handelt auf Grund eigener Initiative. Das ist dort möglich, wo ihm freies Ermessen eingeräumt ist, er also, ganz gleich, ob er die geplante Handlung vornimmt oder unterläßt, stets im Recht ist.
2. Er handelt auf Anordnung eines Vorgesetzten.
3. Er handelt unmittelbar auf Grund eines Gesetzes. Er nimmt also einen Aufgabenbereich wahr, in dem er kein Ermessen über das Ob und Wie seines Handelns ausüben kann.

Wenn § 56 BBG den Beamten verpflichtet, auf die Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen zu achten, so bedeutet das für ihn:

1. Bei Handlungen, die seiner eigenen Initiative entspringen, muß er darauf achten, daß sie gegen kein Gesetz verstoßen, und daß die Gesetze, die sein Handeln decken sollen, sich im Einklang mit der Verfassung befinden.

---

1) in Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr. 66 2) NJW 1960, 228
3) NJW 1960, 845
4) Arndt, BB 1959, 535, will die Anweisung des Beamten zur Ausführung fehlerhafter Gesetze zulassen.

Die Rechtmäßigkeit ist nicht gewahrt, wenn die Handlung gegen ein Gesetz verstößt oder das Gesetz, auf das sich die Handlung stützt, verfassungswidrig ist. In beiden Fällen muß der Beamte die Handlung unterlassen. In einen Konflikt kann er nicht kommen, denn es besteht nirgendwo die Verpflichtung, daß ein Beamter handeln muß, wenn er einen guten Einfall hat. Hier gilt für ihn lediglich die Verpflichtung, die Gesetze zu befolgen und die Verfassung zu wahren. Es liegt ein Fall vor, wo Art. 20 Abs. 3 GG auf das Verhalten des Beamten im Rahmen seines Funktionsbereiches unmittelbar einwirkt. Das Ermessen wird durch die Verfassung selbst eingegrenzt.

2. Die Anordnungen seiner Vorgesetzten dürfen gegen kein Gesetz verstoßen, oder das Gesetz, auf das sich eine Anordnung stützt, darf nicht die Verfassung verletzen. Verstößt eine Anordnung nach Meinung des angewiesenen Beamten gegen ein Gesetz, so entsteht für ihn ein Konfliktsfall. Denn der Beamte ist einerseits zum Gehorsam gegenüber den Vorgesetzen verpflichtet (§ 55 BBG), andererseits ist er aber auch verpflichtet, die Gesetze zu beachten. Den Ausweg aus diesem Konflikt hat der Gesetzgeber eröffnet, als er die Vorschrift des § 56 Abs. 2 BBG schuf. Diese Regelung beruht auf der selbstverständlichen Tatsache, daß derjenige, der eine Anordnung gegeben hat, diese Anordnung auch wieder zurücknehmen kann, daß ferner auf Grund der Weisungs- und Befehlsgebundenheit innerhalb der Exekutive ein Vorgesetzter die Anordnungen seiner Untergebenen an deren Untergebene aufheben kann [1) 2)]. Überzeugt nun ein Beamter seinen Vorgesetzten von der Gesetzwidrigkeit einer Anordnung, so muß dieser sie zurücknehmen, denn auch für den Vorgesetzten gilt § 56 Abs. 1 BBG. Teilt der Vorgesetzte die Bedenken jedoch nicht, und bestätigt auch der nächsthöhere Vorgesetzte die Anordnung, dann muß der Beamte sie ausführen. Denn es ist davon auszugehen, daß die Vorgesetzten die bessere Übersicht und mehr Sach- und Rechtskenntnis besitzen.

Steht nun die Anordnung mit dem Gesetz, auf dem sie beruhen soll, im Einklang, ist aber das Gesetz mit der Verfassung nicht vereinbar, dann entsteht ein Konflikt zwischen Gehorsamspflicht und Treue zur Verfassung. Dieser Konflikt ist nur zum Teil in § 56 Abs. 2 BBG geregelt. Der durch die Anordnung verpflichtete Beamte wird sich auch in diesem Fall zunächst

1) Götz, NJW 1960, 1181;
2) nicht bei § 38 BRRG, wo es keine Gegenvorstellung zum nächsthöheren Vorgesetzten gibt

einmal an seinen Vorgesetzten wenden. Teilt dieser die Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit, dann müssen zwei Fälle unterschieden werden:

a) Der Vorgesetzte hat die Anordnung auf Grund eigener Initiative gegeben. Hier hat er die Möglichkeit, die Anordnung wieder zurückzunehmen. Es liegt der gleiche Fall vor, wie der oben unter 1. behandelte. § 56 Abs. 2 BBG trifft hier noch zu, da der Vorgesetzte die Möglichkeit hat, die Anordnung zurückzunehmen.

b) Der Vorgesetzte gab die Anordnung, weil er von Gesetzes wegen dazu verpflichtet war. In diesem Fall hat der Vorgesetzte nicht die Möglichkeit, die Anordnung von sich aus wieder zurückzunehmen. Es handelt sich um ein Problem des folgenden Falles 3.

3. Handelt der Beamte auf Grund eines Gesetzesbefehls, dann muß das Gesetz im Einklang mit der Verfassung stehen. Ist das Gesetz verfassungswidrig, dann liegt ein Konflikt zwischen der Gehorsamspflicht gegenüber den Gesetzen und der Treue zur Verfassung vor. Dies ist aber kein Konflikt zwischen der Gehorsamspflicht gegenüber dem Vorgesetzten und der Pflicht zum gesetzmäßigen Handeln. Nur den letzteren wollte der Gesetzgeber in § 56 BBG regeln, was auch durch die Stellung dieser Vorschrift hinter § 55 BBG, wo die Gehorsamspflicht gegenüber den Vorgesetzten festgelegt ist, belegt wird. Beim Konflikt zwischen Gesetz und Verfassung kann sich der Beamte zwar auch an seinen Vorgesetzten wenden, aber dieser hat nicht die Möglichkeit, den Beamten von der Bindung an das Gesetz zu befreien, so wie er ihn von der Pflicht, eine Anordnung durchzuführen, entbinden konnte. Der Vorgesetzte kann nur, wenn er die Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit nicht teilt, den Beamten verpflichten, das Gesetz auszuführen, und der Beamte muß dieser Verpflichtung nachkommen [1]. Selbst wenn man in dem Recht des Beamten, sich bei Zweifeln hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes an den Vorgesetzten zu wenden, eine Aussetzungsbefugnis erblicken sollte, dann reicht diese Aussetzungsbefugnis nicht bis zur Vorlage an das Verfassungsgericht, sondern nur bis zur Vorlage an die nächsthöhere Behörde [2]. Die nächsthöhere Behörde kann aber im Ge-

---

1) Götz, NJW 1960, 118. Auch Arndt (BB 1959, 534), Forsthoff (DÖV 1959, 41) und Sigloch (JZ 1958, 81) vertreten diese Ansicht, während sie sonst von der Ipso-iure-Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze ausgehen

2) Dürig, in Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr. 66

gensatz zum Verfassungsgericht nur die Verfassungsmäßigkeit, nicht auch die Verfassungswidrigkeit feststellen. Im letzten Fall ist der Konflikt zwischen Gesetz und Verfassung nur in die höhere Instanz verlagert worden. Diese kann sich auch wieder an die ihr vorgesetzte Behörde wenden, bis die Frage zur Regierung gelangt, die das Recht der Vorlage an das Verfassungsgericht besitzt. Aber selbst die Regierung hat nicht das Recht, die ihr nachgeordneten Behörden von der Befolgung des fraglichen Gesetzes zu entbinden. § 56 BBG gibt also für sich allein noch keine ausreichende Grundlage für ein Prüfungs- und Vorlageverfahren der Exekutive, liefert allerdings Hinweise für einen Lösungsversuch.

§ 5 Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts

Nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG kann die Bundesregierung die Nachprüfung eines Gesetzes beim Bundesverfassungsgericht beantragen, wenn sie Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit hegt. Der Verfassungsgesetzgeber ist in diesem Fall davon ausgegangen, daß die Zweifel unabhängig von einem konkreten Anwendungsfall dieses Gesetzes entstehen würden. So enthält Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG keine Hinweise, wie sich die Bundesregierung verhalten soll, wenn die Frage des Vollzugs dieses Gesetzes akut wird, nachdem es bereits dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorliegt. Zwei Möglichkeiten sind denkbar:

1. Mit dem Antrag an das Bundesverfassungsgericht entfällt für die Bundesregierung und die ihr nachgeordnete Exekutive die Pflicht, das Gesetz zu vollziehen. Der Antrag bewirkt eine von selbst eintretende Suspension.

2. Die Bundesregierung muß neben dem Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes in einem besonderen Verfahren die Aussetzung der Vollziehung des vorgelegten Gesetzes beantragen.

Für den automatisch eintretenden Suspensiveffekt enthalten weder das Grundgesetz noch das Bundesverfassungsgerichtsgesetz einen Hinweis. Außerdem ist die Bundesregierung nicht in jedem Fall einer Vorlage an der Vernichtung des Gesetzes interessiert, nämlich dann nicht, wenn Meinungsverschiedenheiten über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes bestehen, und die Bundesregierung, die vorgelegt hat, das Gesetz für verfassungsmäßig hält und deshalb auf eine vorübergehende Aussetzung des Vollzugs gar keinen Wert legt.

Dagegen lassen sich für die zweite Möglichkeit der § 32 BVerfGG und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Vorschrift anführen. Danach kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Das Bundesverfassungsgericht hat gleich zu Beginn seiner Rechtsprechung diese Bestimmung zu einer allgemeinen Verfahrensvorschrift erklärt [1]. Es dehnt den Begriff "Streitfall" sehr weit aus und versteht darunter nicht nur Parteistreitigkeiten, sondern alle vor dem Bundesverfassungsgericht möglichen Verfahren . Einstweilige Anordnungen können daher auch in einem abstrakten Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG ergehen [2].

Das Bundesverfassungsgericht legt allerdings an einstweilige Anordnungen, durch die der Vollzug von Gesetzen ausgesetzt werden soll, sehr strenge Maßstäbe. Es genügt nicht, daß der Vollzug den Betroffenen schwere Nachteile bringt [3], denn die Betroffenen stehen ja nicht in jedem Fall stellvertretend für die Allgemeinheit. Das Bundesverfassungsgericht berücksichtigt die weitreichende Bedeutung des Gesetzes als genereller Regelung und sieht seinen ungestörten Vollzug unter dem Gesichtspunkt des gemeinen Wohls als wichtiger an als die Verhütung bestimmter aus dem Vollzug erwachsender Nachteile. Nur wenn die Nachteile so bedeutend sind, daß das gemeine Wohl selbst gefährdet ist, soll eine einstweilige Anordnung in Frage kommen. Das Bundesverfassungsgericht nimmt in diesen Fällen eine Interessenabwägung vor, in der die Folgen aus dem Vollzug eines möglicherweise verfassungswidrigen Gesetzes den Folgen aus dem Nichtvollzug eines später doch als verfassungsmäßig festgestellten Gesetzes gegenüber gestellt werden [4]. Die Gefahr, daß ein möglicherweise verfassungswidriges Gesetz noch eine Zeitlang vollzogen werden könnte, ist also für das Bundesverfassungsgericht noch kein ausreichender Grund, um eine einstweilige Anordnung zu erlassen. Durch eine einstweilige Anordnung soll die Endentscheidung nicht vorweggenommen werden [5]. Daher bleiben in dem Ver-

---

1) BVerfGE 1, 74(75)
2) BVerfGE 1, 85(86); 1, 181(182); 2, 103
3) BVerfGE 3, 34(37)
4) BVerfGE 3, 34(37); 3, 41(44); 3, 267(277); 6, 1(3); 7, 175(179); 7, 367(371)
5) Geiger, BVerfGG, Erl. 2 zu § 32; Lechner, BVerfGG, Erl. 2 zu § 32

fahren über die einstweilige Anordnung alle Gründe außer Betracht, mit denen di Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes behauptet wird [1]. Nur wenn die Verfassungs widrigkeit offensichtlich ist, dürfte ein weiterer Gesetzesvollzug nicht in Frage kommen. Dann ist das Bundesverfassungsgericht aber auch in der Lage, die Haup sache so rechtzeitig zu entscheiden, daß der Erlaß einer einstweiligen Anordnung gar nicht mehr erforderlich ist.

Aus der Tatsache, daß das Bundesverfassungsgericht, das immerhin die Verwerfungskompetenz hat, sich größte Zurückhaltung beim Nichtanerkennen verfassung rechtlich zweifelhafter Gesetze auferlegt, läßt sich für die Exekutive nur die Fol gerung ziehen, daß sie noch weniger solchen zweifelhaften Gesetzen die Anerkennung versagen darf. Die Exekutive darf überhaupt nicht von sich aus die Aussetzung des Vollzugs eines wegen seiner Verfassungsmäßigkeit zweifelhaften Gesetzes anordnen. Diese Befugnis hat nur das Bundesverfassungsgericht, anderenfalls wäre § 32 BVerfGG im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle sinnlos.

§ 6 Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Das Prüfungsrecht der Verwaltung läßt sich nicht einwandfrei aus einer einzigen Bestimmung des Grundgesetzes oder des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes herleiten. Ebensowenig gibt der Grundsatz der Gewaltenteilung eine ausreichende Grun lage.

Zwei Verfassungsgrundsätze stehen sich scheinbar unvereinbar gegenüber: das Ge bot zum verfassungsmäßigen Handeln und der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz, die beide in Art. 20 Abs. 3 GG festgelegt sind. Dem Konflikt zwischen beiden Grun sätzen kann sich die Verwaltung keineswegs dadurch entziehen, indem sie die Ei scheidung von Fällen, in denen möglicherweise verfassungswidrige Gesetze zur Anwendung kommen könnten, einfach liegen läßt [2]. Die Verwaltung darf dies selbst dann nicht, wenn sie weiß, daß das fragliche Gesetz bereits dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorliegt. Andererseits kann sich die Verwaltung beim Gesetzesvollzug nicht ohne weiteres über ernstliche Bedenken der Verfassungsmäßigkeit hinwegsetzen.

Die Lösung des Problems hängt weitgehend von der Bedeutung des Gesetzmäßigkeitsprinzips im geltenden Staatsrecht ab. Diese Bedeutung war nicht zu allen Zeiten die gleiche. Ursprünglich besagte der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz, daß di

---

1) BVerfGE 3, 34(37); 6, 1(4); 7, 175(179); 7, 367(371);
a.M.: Arndt, NJW 1958, 337;
2) Dürig, in Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr 66 a.E.

Verwaltung zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Bürgers der Ermächtigung eines formellen Gesetzes bedurfte. Das war zu einer Zeit, als die Verwaltung fast ausschließlich Eingriffsverwaltung war und im wesentlichen polizeiliche Aufgaben wahrnahm. Heute ist jedoch der liberale "Nachtwächterstaat" des 19. Jahrhunderts durch den sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes abgelöst worden [1]. Die Akte, mit denen die Verwaltung in Freiheit und Eigentum eingreift, sind an Zahl und Bedeutung hinter den Akten zurückgetreten, mit denen die Verwaltung Leistungen, Subventionen oder andere Vergünstigungen gewährt. Für den Bürger, der heute in weit größerem Maße von den Entscheidungen der Verwaltung abhängig ist, hat der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz daher noch an Wichtigkeit gewonnen. Es kommt hinzu, daß unter der Verfassungsordnung des Grundgesetzes die Exekutive ihre frühere Handlungsfreiheit verloren hat. Sie ist nicht bloß konstitutionell beschränkt, wie zu den Zeiten der konstitutionellen Monarchie, sondern sie bedarf zu allen Handlungen neben der Legitimation aus der Verfassung auch der parlamentarischen Ermächtigung, das heißt, der Ermächtigung durch das Gesetz [2]. Das bedeutet, "daß im gegenwärtigen Zeitpunkt das Gesetz nicht mehr allein den Schutz des Bürgers bezweckt, sondern 'vor allem als Ausdruck einer verbindlich gemeinten öffentlichen Ordnung' unverrückbar die Schranken der öffentlichen Macht bestimmt " [3].

Die Gesetze bilden also die Spielregeln der Verwaltung. Sie erfüllen eine Sicherheitsfunktion, weil sie die Handlungen der Verwaltung nach förmlichen Regeln bestimmen und damit das Verwaltungshandeln zum großen Teil berechenbar machen. Die Verwaltung kann sich nun nicht einfach über ihre Spielregeln hinwegsetzen, indem sie ein von ihr für verfassungswidrig gehaltenes Gesetz vorerst nicht anwendet, denn dann verliert das Gesetzmäßigkeitsprinzip seine Sicherheitsfunktion. Dieser Nachteil kann nicht damit entschuldigt werden, daß die Einhaltung des Gebots der Verfassungsmäßigkeit auch zum Schutz des Bürgers beitrage. Gerade auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge enthält die Verfassung nur wenige allgemeine Grundsätze, die erst durch die Gesetzgebung ihre konkrete Ausgestaltung erfahren [4]. Es gibt Bereiche, wo es für den einzelnen besser ist, daß nach einer, wenn auch fehlerhaften, gesetzlichen Regelung verfahren wird, weil die Nachteile größer wären, wenn diese gesetzliche Regelung überhaupt nicht angewandt würde. Beispielsweise ist die Anwendung eines Beamtenbesoldungsgesetzes, das verfassungswidrig ist, weil es bestimmte Beamtengruppen ohne sachlichen Grund bevorzugt, besser, als die Nichtanwendung, weil dann die Beamten auf den allgemeinen Anspruch auf Grund der hergebrachten Grundsätze

---

1) vgl. hierzu Bachof, VVDStRL 12, 58
2) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 205
3) Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr. 138 mit Zitat von Forsthoff, DVBl. 1957, 725
4) Bachof, VVDStRL 12, 43

des Berufsbeamtentums verwiesen würden, der schwerer durchzusetzen ist als ein klar umrissener gesetzlicher Anspruch.

Wenn die Verwaltung ein Gesetz nicht vollziehen will, weil sie von dessen Verfassungswidrigkeit überzeugt ist, dann kann sie das nur in einer Form machen, die dem Zweck des Gesetzmäßigkeitsprinzip Rechnung trägt. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip zwingt die Verwaltung zum förmlichen Verfahren, das durch den Begründungszwang für alle Akte der Verwaltung gesichert wird, damit die Einhaltung der Gesetze nachgeprüft werden kann. Das würde für den Fall eines verfassungswidrigen Gesetzes bedeuten, daß sich die Verwaltung der Pflicht zum Vollzug nur im Rahmen eines förmlichen Verfahrens entziehen kann.

Aus den Grundgedanken des Gesetzmäßigkeitsprinzips, des Remonstrationsrechts und des § 32 BVerfGG ergibt sich damit folgender Weg:

Hält ein Beamter ein Gesetz, das er anwenden soll, für verfassungswidrig, dann muß er unverzüglich die Frage seiner nächsthöheren Behörde vorlegen. Dabei muß er die Gründe angeben, die ihn zu der Überzeugung der Verfassungswidrigkeit geführt haben. Teilt die nächsthöhere Instanz die Bedenken, dann muß sie die Frage weiterleiten, bis sie zur Regierung gelangt. Die Regierung muß dann das Gesetz gemäß Art. 93 Ziff. 2 GG dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Gleichzeitig muß sie eine einstweilige Anordnung für die Aussetzung des Gesetzvollzugs beantragen.

So lange dieses Verfahren läuft, ist der Beamte nicht gehalten, das Gesetz zu vollziehen. Der Fall, der mit dem Vollzug des betreffenden Gesetzes geregelt werden soll, ist eben noch nicht zur Entscheidung reif. Die Verzögerungen, die dadurch entstehen, gehören genau so zum normalen Verwaltungsverfahren, wie die Verzögerungen, die sich ergeben, wenn die Behörde vor der Entscheidung bestimmter Angelegenheiten andere Stellen hören muß, ehe sie den Bescheid erlassen kann. Bei der Vorlage eines verfassungswidrigen Gesetzes muß die Behörde eben erst die Entscheidung der maßgeblichen Stellen - der vorgesetzten Behörde, der Regierung und des Bundesverfassungsgerichts - abwarten. Wesentlich ist, daß in jedem Fall auch etwas zur Klärung der verfassungsrechtlichen Frage unternommen wurde [1].

---

1) Die vielen Vorschriften, die der Verwaltung eine Aussetzung der Vollziehung gestatten, wie z.B. § 80 Abs. 4 VwGO oder § 251 AO,

Die entwickelte Lösung mag vielleicht schon von vornherein naheliegend erscheinen. Sie ist aber nicht so selbstverständlich, wenn man sich den Streit um das richterliche Prüfungsrecht während der Weimarer Zeit, wo viele an die Möglichkeit eines ähnlichen Rechts für die Exekutive überhaupt noch nicht dachten, vor Augen hält. Die eingehenden Ausführungen sollten aber auch verdeutlichen, daß es sich bei dem aufgezeigten Weg um die einzig mögliche Lösung nach dem geltenden Verfassungsrecht handelt. Daß er sich in die Grundgedanken des geltenden Verfassungsrechts einfügt, soll der Vergleich mit dem richterlichen Prüfungsrecht zeigen.

§ 7 Geschichte und Gestaltung des richterlichen Prüfungsrechts

Das Grundgesetz sieht ausdrücklich zwei Formen der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit verkündeter und in Kraft getretener Gesetze vor: die abstrakte Normenkontrolle und die Kontrolle auf Vorlage der Gerichte. In beiden Fällen entscheidet endgültig das Bundesverfassungsgericht. Der Charakter der Entscheidung bleibt für das Bundesverfassungsgericht in beiden Fällen der gleiche. Es entscheidet losgelöst von den Gründen der Vorlageberechtigten. An Umfang und Prüfung der eigentlichen verfassungsrechtlichen Frage ändert sich nichts. Es erübrigt sich daher ein gesondertes Eingehen auf die abstrakte Normenkontrolle; besondere Aufschlüsse vermag im Rahmen dieser Untersuchung ohnehin nur das Vorlageverfahren der Gerichte zu liefern.

Der Richter ist wie der Beamte dem Gesetz unterworfen. Auch der Richter kann in den Konflikt zwischen Verfassung und einfachem Gesetz geraten, aber das Grundgesetz hat ihm in Art. 100 GG einen Ausweg aus diesem Konflikt gewiesen. Die verfassungsrechtliche Statuierung des richterlichen Prüfungsrechts und seine besondere Ausgestaltung in Art. 100 GG muß auf Grund der Erfahrungen und Diskussionen um dieses Institut in der Weimarer Zeit verstanden werden [1]. Diese

---

eröffnen keinen Ausweg. Denn diese Vorschriften kommen erst dann zur Anwendung, wenn die Verwaltung bereits entschieden hat, während es sich hier um die Frage handelt, was die Exekutive tun kann, bevor sie einen Bescheid erläßt. Die genannten Vorschriften setzen außerdem einen Antrag des Betroffenen voraus.

1) Genau genommen ging es um die Frage, ob die Gerichte zuständig seien, zu prüfen, ob ein Gesetz im Einklang mit der Verfassung steht (vgl. W. Jellinek in Festschr. f. Laun, S. 269). Gegenüber dem exakteren Ausdruck "richterliche Prüfungszuständigkeit" hat sich jedoch die Bezeichnung "richterliches Prüfungsrecht" durchgesetzt.

Frage beschäftigte die Wissenschaft zwar schon vor der Weimarer Zeit [1], es übe wogen aber die Stimmen, die die richterliche Nachprüfung von Gesetzen ablehnten. Die Argumente aus jener Zeit besitzen für uns außerdem nur noch historische Bedeutung, da sie größtenteils von dem Verfassungsrecht der konstitutionellen Monarchie ausgehen.

Die Weimarer Verfassung enthielt sich bewußt jeder Stellungnahme. Im Verfassungsausschuß der Nationalversammlung standen den Gegnern des Prüfungsrechts ebenso viele Anhänger gegenüber, und die einzige Einigung bestand darin, die Klärung dieser Frage der Praxis zu überlassen. In der nach Inkrafttreten der Verfassung sehr lebhaft geführten Diskussion, an der sich fast alle Verfassungsjuristen beteiligten, gewannen die Befürworter des richterlichen Prüfungsrechts immer mehr Anhänger, insbesondere, nachdem die oberen Gerichte sich nach und nach für die richterliche Nachprüfung ausgesprochen hatten und schließlich das Reichsgericht in seiner historischen Entscheidung vom 4. November 1925 [2] sich zu de richterlichen Prüfungsrecht bekannt und dieses Recht in Anspruch genommen hatt Trotzdem wurde die Diskussion bis 1933 weitergeführt, da die Gegner des Prüfung rechts, zu denen bedeutende Staatsrechtslehrer wie Anschütz und Thoma gehörte entschieden an ihrer ablehnenden Meinung festhielten.

Bei dieser Auseinandersetzung ging es nicht nur um das Ob, sondern auch um das Wie der Nachprüfung von Gesetzen. Durch die Diskussion sollte auch die geplante gesetzliche Regelung beeinflußt werden. Das Reichsministerium des Inneren hatte 1926 dem Reichstag einen Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts vorgelegt [3], der zum Teil die Empfehlungen des 34. Deutschen Juristentags berücksichtigte[4]. Dieser Entwurf kam jedoch über das Stadium der Ausschußberatungen nicht hinaus. Es waren hauptsächlich zwei Argumente, mit denen das richterliche Prüfungsrecht abgelehnt wurde [5]. Einmal wurde aus dem Wesen der Ausfertigung gefolgert, daß diese in formell unanfechtbarer und rechtswirksamer Weise konstatiere, daß das Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen sei [6]. Zum anderen wurde der hö Rang der Rechtsverfassung gegenüber dem einfachen Gesetz verneint, so daß für den Richter kein Anlaß bestehe, der Verfassung mehr zu gehorchen als dem einfa chen Gesetz [7]. Nur den Staaten mit einem besonderen pouvoir constituant wurd

---

1) siehe hierzu Schack, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung Engelhard, JöR 8, 102
2) RGZ 111, 320ff 3) Reichstag, III. Wahlperiode, Drucksache Nr. 2855
4) siehe Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags, II. Bd. S. 288
5) vgl. Thoma, AöR 43, 270
6) Laband, aaO, S. 53; Anschütz, WRV, 14. Aufl. Erl. 3 zu Art. 70
7) Anschütz, aaO, Erl. 4 zu Art. 70

zuerkannt, daß der Richter über die Einhaltung der Schranken der Legislative wache, aber in Staaten, wo, wie in der Weimarer Republik, der einfache Gesetzgeber selbst die Verfassung abändern könne, wenn auch nur unter erschwerten Bedingungen, sei eine richterliche Nachprüfung nicht erforderlich.

Thoma bezeichnete die Frage als ein echtes Problem, das nur mit Hilfe einer subjektiven Interessenabwägung gelöst werden könne, das damit nicht mit der Logik, sondern nur mit dem Willen zu entscheiden sei [1]. Für die Anhänger des Prüfungsrechts war die Sorge um die Einhaltung der Verfassung bei ihren Überlegungen leitend. Die Verfassung sollte nicht durch einfache Gesetze zurückgedrängt werden. Die Gegner des Prüfungsrechts hielten dagegen die bereits vorhandenen Garantien zum Schutz der Verfassung für ausreichend [2]. Sie befürchteten dagegen die Gefährdung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit, wenn ein Gesetz von einem Gericht angewandt, von einem anderen wegen angeblicher Verfassungswidrigkeit nicht beachtet würde [3]. Die Gegner des Prüfungsrechts wären daher auch bereit gewesen, die richterliche Nachprüfung zuzulassen, wenn sie durch Gesetz nur dem Staatsgerichtshof vorbehalten bliebe. Der Entwurf des Reichsministeriums des Inneren kam diesen Wünschen auch entgegen.

Das Grundgesetz verwirklichte größtenteils die Vorschläge des Entwurfs von 1926. Es schuf die abstrakte Normenkontrolle auf Antrag bestimmter politischer Organe, billigte den Gerichten die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu, die jedoch auf die inzidente Bejahung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen beschränkt ist, und die die Gerichte bei Annahme der Verfassungswidrigkeit zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht verpflichtet. Nur das Bundesverfassungsgericht hat das Recht, Gesetze für verfassungswidrig zu erklären und zu verwerfen. Diese Regelung, die den Bedenken gegen das richterliche Prüfungsrecht weitgehend Rechnung trägt, wird von drei Grundgedanken getragen, die auch in entsprechender Form beim Vorlageverfahren der Exekutive berücksichtigt werden müssen, wenn dieses Verfahren sich in das geltende Verfassungsrecht einordnen soll. Es handelt sich um die Erhaltung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit, die Unterordnung der Rechtsanwendung unter die Gesetzgebung und die Förmlichkeit des Verfahrens.

---

1) siehe auch Morstein Marx, Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, S. 1, 44
2) vgl. die Zusammenstellung bei Thoma, AöR 43, 285f
3) Anschütz, aaO, Erl. 5 zu Art. 70

§ 8 Vergleich von richterlichem Prüfungsrecht und Vorlageverfahren der Exekutive

I. Die Erhaltung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit

Jedes Gericht muß jedes Gesetz, von dessen Verfassungswidrigkeit es überzeugt ist, dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Das Verwerfungsmonopol verhütet die Gefährdung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit durch widersprechende Entscheidungen der unteren Gerichte. Nur ein Gericht soll feststellen können, daß ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit nicht mehr gilt. Diese Entscheidung wirkt dann auch für und gegen jedermann, weil sie Gesetzeskraft hat (§ 31 Abs. 2 BVerfGG).

Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts ist nicht auf den Bereich der rechtsprechenden Gewalt beschränkt. Auch die Organe der Exekutive sind nicht befugt, neben dem Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes verbindlich festzustellen. Was das Grundgesetz schon den Gerichten nicht zugestanden hat, muß erst recht den Verwaltungsbehörden versagt bleiben [1]. Kommt ein Beamter zu der Überzeugung, daß ein Gesetz verfassungswidrig ist, dann muß er wie der Richter das Gesetz vorlegen. Die Verschiedenheit der Vorlagewege - das Gericht kann direkt vorlegen, der Beamte nur über seine Vorgesetzten und die Regierung - ist aus dem Unterschied der Staatsfunktionen zu erklären. Die Gerichte sind von Weisungen unabhängig. Innerhalb der Exekutive besteht dagegen Weisungs- und Befehlsgebundenheit. Das kann vereinzelt dazu führen, daß die Vorlage einer unteren Behörde gar nicht bis zum Bundesverfassungsgericht kommt, weil die übergeordnete Behörde das Gesetz nicht für verfassungswidrig hält und die vorlegende Behörde zum Vollzug des Gesetzes anweist. Daran ist nichts auszusetzen, weil es in der Verwaltung nur einen Gesamtwillen gibt, der sich zwar aus verschiedenen Komponenten zusammensetzt, nach außen hin aber nur einheitlich in Erscheinung treten kann. Wenn eine Behörde den ihr befohlenen Vollzug eines von ihr für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes ausführt, dann vollzieht sie das Gesetz nicht in Erkenntnis seiner Verfassungswidrigkeit, sondern "weil der allein rechtlich relevante Gesamtwille der Verwaltung eben zu der Erkenntnis kam, daß die Norm nicht verfassungswidrig sei" [2].

Darüber hinaus gewährleistet die Zentralisierung der Normenkontrollentscheidungen ein Höchstmaß an sachgerechten Entscheidungen und sichert eine einheitliche Rechtsprechung zu verfassungsrechtlichen Fragen [3]. Rechtseinheit und Rechtssi-

---

1) BFH BStBl 1959 III, S. 140; Rönitz NJW 1960, 227; Götz, NJW 1960, 1178; Dürig, in Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr. 66

2) Menger, VerwArch 52, 307

3) BVerfGE 6, 55(63)

cherheit bleiben aber gefährdet, wenn die Verwaltungsbehörden unabhängig voneinander die Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen können und dabei zu widersprechenden Entscheidungen gelangen. Abgesehen davon können die Behörden sich nicht so eingehend mit den verfassungsrechtlichen Fragen befassen, wie das Verfassungsgericht. Die Probleme des Verfassungsrechts verlangen eine eingehende Kenntnis des einschlägigen Schrifttums, die, wenn sie schon nicht beim Richter vorausgesetzt wird, noch weniger vom Verwaltungsbeamten erwartet werden kann. Es gehört zur Beurteilung dieser Fragen ein Abstand von den tagespolitischen Problemen und eine Überschau, wie sie von dem im Zweckmäßigkeitsdenken geschulten Verwaltungsbeamten nicht verlangt werden kann. Der Beamte unterliegt leichter der Gefahr, sich von den Rechtsfolgen des von ihm zu beurteilenden Falles leiten zu lassen und die Frage der Verfassungsmäßigkeit des für die Entscheidung erheblichen Gesetzes unter diesem Blickwinkel zu sehen.

II. Die Unterordnung der rechtsanwendenden Gewalten unter die Gesetzgebung

Art. 20 Abs. 3 GG legt das Verhältnis der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung zum Gesetzgeber fest, indem er beide rechtsanwendenden Gewalten der Legislative unterwirft. Nur der Gesetzgeber soll die Grundlagen der Rechtsordnung bestimmen, und die übrigen Gewalten müssen respektieren, was ihnen vom Gesetzgeber als Gesetz vorgelegt wird. Das bedeutet für die Gerichte, daß sie nur auf dem Boden dieser Rechtsordnung ihre Entscheidung fällen dürfen. Sie können diese Grundlage nicht einfach verlassen, indem sie von sich aus erklären, daß ein Gesetz nicht alle Voraussetzungen erfüllt, die von der Verfassung gefordert werden. Dadurch würde die Stellung des Gesetzgebers empfindlich beeinträchtigt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb mehrfach in seinen Entscheidungen betont, daß der besondere gesetzgeberische Zweck des Art. 100 GG in der Wahrung der Autorität des Gesetzgebers liege [1]. Es soll verhütet werden, "daß jedes Gericht sich über den Willen des unter dem Grundgesetz tätig gewordenen Gesetzgebers hinwegsetze und ausspreche, der Gesetzgeber habe das Grundgesetz verletzt" [2]. Das Bundesverfassungsgericht geht bei der Achtung der Rechte des Gesetzgebers sogar soweit, daß es sich selbst in manchen Fällen darauf beschränkt, nur die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Regelung auszusprechen, ohne gleichzeitig das Gesetz zu vernichten, wenn anderenfalls durch die Vernichtung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers vorgegriffen würde [3].

---

1) BVerfGE 1, 184(197); 2, 124(131); 3, 225(230); 4, 331(340); 6, 55(63); 10, 124(127)
2) BVerfGE 3, 225(230)
3) BVerfGE 6, 257(265); 8, 1(19); 8, 28(37); 9, 338(342)

Was für die Gerichte ausgesprochen wurde, muß im gleichen Maße für die Verwaltung gelten, nachdem in Art. 20 Abs. 3 GG vollziehende Gewalt und Rechtsprechung ohne Unterschied nebeneinander genannt sind. Auch für die Verwaltung bilden die Gesetze den Rahmen ihres Verwaltungshandelns. Die Verwaltung kann ihren Rahmen nicht verlassen, indem sie feststellt, der Gesetzgeber habe in einem Gesetz die Verfassung nicht gewahrt. Keine Behörde darf sich so ohne weiteres über die Akte des Gesetzgebers hinwegsetzen. Die Unterordnung der vollziehenden Gewalt unter die Gesetze muß so lange gewahrt bleiben, bis das Bundesverfassungsgericht sie im Einzelfall davon befreit, sei es vorläufig durch eine einstweilige Anordnung, sei es gleich durch Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Gesetzes.

III. Die Förmlichkeit des Verfahrens

Die Regelung des Art. 100 GG zeichnet sich schließlich durch die Förmlichkeit aus, die bei der Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts zu beachten ist. Es genügt nicht, daß ein Gericht dem Bundesverfassungsgericht ein Gesetz mit der schlichten Mitteilung vorlegt, die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes wäre zweifelhaft. Das Gericht muß vielmehr seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit begründen. Bloße Zweifel genügen nicht. Überall, wo Begründungszwang vorgeschrieben ist, liegt ein förmliches Verfahren vor. Dadurch soll die Nachprüfung ermöglicht werden, ob die für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen, Normen und Wertungen berücksichtigt und richtig angewandt wurden.

Die Förmlichkeit soll weiter sichern, daß kein Verfahren ausgesetzt wird, ohne daß das entscheidungserhebliche Gesetz nicht sofort dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt wird. Kein Gericht kann sich darauf beschränken, nach eingehender Prüfung die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes festzustellen, um dann, weil diese Frage schon dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorliegt, das Verfahren einfach auszusetzen und abzuwarten, bis das Bundesverfassungsgericht gesprochen hat. Es gibt keine Ipso-iure-Suspendierbarkeit verfassungswidriger Gesetze [1]. Entweder das Gericht wendet das Gesetz an oder es legt das Gesetz vor, eine andere Form der Aussetzung gibt es nicht. Das gilt selbst dann, wenn das Gericht das betreffende Gesetz schon im Rahmen eines anderen Verfahrens vorgelegt hat. "Eine Aussetzung ohne gleichzeitige Vorlegung der von der Aussetzung betroffenen Sache beim BVerfG ist hiernach unzulässig [2]."

Hier handelt es sich um die wichtigste Folgerung für das Vorlageverfahren der

---

1) a.A.: Hoffmann, JZ 1961, 197
2) OLG Köln, NJW 1961, 2269(2271)

Exekutive. Auch der Beamte in der untersten Behörde muß gehalten sein, jeden Fall, der durch ein verfassungsrechtlich zweifelhaftes Gesetz entschieden werden soll, den vorgesetzten Behörden vorzulegen. Die Regierung muß einen Überblick darüber haben, in welchem Umfang sich das vorzulegende Gesetz in der Praxis auswirkt. Dies muß auch ein wesentlicher Punkt für die Begründung ihres Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung sein. Auch das Bundesverfassungsgericht erhält damit einen Anhaltspunkt, ob die Aussetzung des Vollzugs zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Durch die Vorlage in jedem einzelnen Fall wird auch gewährleistet, daß nichts in der Schwebe gelassen wird, weil das Gesetz "ohnehin" dem Bundesverfassungsgericht vorliege [1].

---

1) Dürig, in Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rndnr. 66 a.E.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Überlegungen zu der Frage, wie sich die Exekutive verhalten soll, wenn sie ein Gesetz für verfassungswidrig hält, haben zum folgenden Ergebnis geführt:

Verfassungswidrige Gesetze sind nicht ipso iure nichtig. Ihre Geltung ist bis zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung auch nicht ipso iure suspendiert. Ihr Vollzug kann allerdings ausgesetzt werden. Das Aussetzungsverfahren muß aber in jedem einzelnen Fall zu einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung führen. Bei dem richterlichen Prüfungsverfahren tritt die Aussetzung durch die unmittelbare Vorlage beim Bundesverfassungsgericht ein, beim Vorlageverfahren der Exekutive durch eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG.

Da verfassungswidrige Gesetze nicht ipso iure nichtig sind, kann die Exekutive nic von sich aus solchen Gesetzen die Anerkennung versagen. Sie muß ein Vorlageverfahren einleiten, das über eine Kette von Remonstrationen und über das Antragsrecht der Regierung zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung führt.

Das Vorlageverfahren der Exekutive, dessen Einzelheiten in dieser Arbeit entwickelt wurden, stellt eine Fortbildung des Verfassungsrechts dar. Diese Fortbildung ist unabweisbar. Sie ergibt sich aus im Grundgesetz niedergelegten Verfassungsgrundsätzen - das Gebot der Verfassungsmäßigkeit und das Gesetzmäßigkeitsprinzip -, die eine Lösung in dieser Form verlangten. So lange eine gesetzliche Bestimmung fehlt, die das Vorlageverfahren in seinen Einzelheiten festlegt, sei es durch Ergänzung des Grundgesetzes, sei es durch Einfügung eines neuen Paragraphen im Bundesbeamtengesetz, kann das Vorlageverfahren nur durch sinnvolle Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Grundgesetzes, des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Bundesbeamtengesetzes begründet werden. Für den Rechtszustand unter dem Grundgesetz mag dies ausreichend sein. Das Grundgesetz ist aber nicht endgültig. Es ist nach seiner Präambel lediglich dafür geschaffen, dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben. Auch wenn die Dauer dieser Übergangszeit ungewiß ist und heute noch niemand sagen kann, wann eine Nationalversammlung, gebildet aus Vertretern aller Deutschen, zusammentreten wird, um eine Verfassung für das ganze Deutschland zu beraten und zu beschließen, werden die Erfahrungen und Entwicklungen unter dem Grundgesetz bei diesen Beratungen eine große Rolle spielen. Was heute als Lösung verfassungsrechtlicher Probleme erarbeitet und vorgeschlagen wird, mag vielleicht als neue Bestimmung in die künftige Verfassung Eingang finden.

LEBENSLAUF

Am 4. März 1935 wurde ich als Sohn des damaligen Bankkaufmanns und heutigen Prokuristen Erwin Stegmann und seiner Ehefrau Anita, geb. David, in Berlin geboren. Von 1941 bis 1945 besuchte ich die Volksschule in Berlin und Bischdorf bei Löbau in Sachsen und von 1946 bis 1952 die Oberrealschule in Gunzenhausen, Mittelfranken, und Augsburg. Von August 1952 bis Juli 1953 weilte ich in den Vereinigten Staaten, besuchte die letzte Klasse der Highschool in Dedham, Massachusetts, und erhielt das Abschlußdiplom dieser Schule. Nach meiner Rückkehr besuchte ich das Keplergymnasium in Tübingen und legte dort am 17. März 1955 die Reifeprüfung ab. Anschließend begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen, studierte zwischendurch zwei Semester in Erlangen und bestand am 18. Dezember 1959 in Tübingen die erste juristische Staatsprüfung. Seit Januar 1960 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.